Die mehrwirksame Schuld.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Norbert Westerhausen
Gerichtsreferendar aus Schüren-Dortmund.

Marburg 1929
Universitäts-Buchdruckerei Joh. Aug. Koch (Dr. C. Hitzeroth)

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. 6. 1929.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Meinem lieben Freunde und Studiengefährten

Henner Peter

gewidmet.

Schrifttum.

Bernhöft: Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.
Bödicker: Wirkt nach Reichsrecht das vom Vermieter gegen den Mieter erstrittene Räumungsurteil Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gegen den nach der Rechtshängigkeit aufgenommenen Untermieter? Enthält die Räumungsklage aus § 556 BGB ein sachenrechtliches Moment?
Diss. Leipzig 1903.
Borcherdt: Deutsches Mietrecht, 2. Aufl.
Brauchitsch: Die preußischen Verwaltungsgesetze, 2. B. zu § 7 der GO 3, 20. Aufl. 1925.
Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen. 1877.
Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl.
Chary: Das Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach dem BGB. Diss. Leipzig 1907.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Jena 1900/01.
— Anfechtungsrecht.
Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg 1897.
— System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1902.
Denkschrift zum Entwurf des BGB.
Dernburg: Preußisches Privatrecht, 4. Aufl. 1889.
— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1., 2. Aufl.
— Pandekten, 5. Aufl. Berlin 1897.
Dierschke: Die Vorlegung von Sachen. Jena 1901.
Ebel-Lilienthal: Kommentar zum Mieterschutzgesetz, 3. Aufl.
Endemann: Einführung in das Studium des BGB, 9. Aufl. 1903.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1915.
Fischer-Henle: Handausgabe des BGB, 1.—5. Aufl., 10. Aufl. München 1918.
Friderici: Das neue Mietrecht. Leipzig 1900.
Fuld: Das Mietrecht nach dem BGB. Leipzig 1889.
Gierke: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. Breslau 1910.
— Deutsches Privatrecht.
Goldmann-Lilienthal: Lehrbuch des BGB, 2. Aufl. 1903.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
— Anspruch und Klagrecht in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, 5. Band. Jena 1900.
— Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Härtel: Mieterschutz und Wohnungszwangswirtschaft, 4. Aufl.
Hruza: Korrealobligationen, Sächsisches Archiv, 5. Band.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl.
Jellineck: Verwaltungsrecht. Berlin 1928.
Kohler: Archiv für die zivilistische Praxis, 79. Band. Freiburg i. B. 1892.
Landsberg: Das Recht des BGB. 1904.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. Leipzig 1903.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. München 1906.
Leonhard: Schuldrecht I in Binding Handbuch X, 2, I erscheint demnächst.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. Berlin 1910.
Mittelstein: Die Miete, 1. Aufl. 1900, 2. Aufl. 1909, 3. Aufl. 1913.
Morgenroth: Der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Untermieter im BGB. Diss. Erlangen 1905.
Motive: Bd. I u. II.

Neuner: Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel 1866.
Niendorf: Mietrecht nach dem BGB. 10. Aufl. Berlin 1914.
Nissen: In Jur. Woch. 1903
Oberneck: Grundbuchrecht 3. Aufl. Berlin 1904
Oertmann: Komm. zum BGB.. 3. u. 4. Aufl.
Planck: Komm. zum BGB. 1. u. 2. Aufl., 4. Aufl.
Pries: Das Recht der Untermiete nach dem BGB. Diss. Rostock 1904.
Protokolle: Bd. I u. II.
Puntschart: Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts in Gesetz u. Literatur. Festschrift der Universität Graz. 1900.
Rappaport: Die Einrede aus dem fremdem Rechtsverhältnisse. Berlin 1904.
Reichstagsdrucksachen 1924/25.
Reichel: Schuldmitübernahme. 1909.
R. G. R.: 6. Aufl.
Romeick: Zur Technik des BGB. 2. Heft: Die abgeleitetete Schuld.
Rosin: Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und dem BGB. für das Deutsche Reich. Diss. Greifswald. 1901
Savigny: Obligationenrecht. 1851.
Schey, von: Struktur der Forderungsrechte, Grünhuts Zeitschriften Bd. 9.
Schneider: Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht, Diss. Greifswald 1907.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Schott: Ueber Zession von Korrealobligationen.
Schulz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb in Arch. f. ziv. Prax. 105. 1909
Siber: Passivlegitimation bei rei vindicatio
Siegel: Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß. Jena 1904.
Sohm: Institutionen. Geschichte und System des röm. Privatrechts. Leipzig 1926.
Stammler: Einrede aus dem Recht zum Besitz. Festgabe für Dernburg. Halle 1900
Staudinger: Komm. zum BGB. Sachenrecht I. 9. Aufl. 1928.
Staudinger: Schuldrecht 9. Aufl. 1928 u. 1929.
Thon: Rechtsnormen und subjektives Recht. Weimar 1878.
Unger: System des oesterr. Privatrechts. 1. Bd. Leipzig 1856.
Warneyer: Komm. zum BGB. 1923.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Aufl. 1887.
Zabel: Leihvertrag. Diss. Heidelberg. 1907.
Ziebarth: Die Realexecution und die Obligation. Halle 1866.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

§ 1

Geschichtlicher Überblick über die Entwicklung des Schuldrechts.

Bei den auf primitiver Kulturstufe stehenden Germanen war ein Schuldrecht in dem Sinne, daß der Gläubiger von dem Schuldner etwas für die Zukunft verlangen konnte, nicht vorhanden. Vielmehr wurde den Erfordernissen des täglichen Lebens wesentlich im Wege des Tauschhandels Genüge getan. Wenn der etne Teil hierbei geschädigt wurde, so konnte er genau wie beim Raub oder Diebstahl mit der Fehde gegen den Anderen vorgehen, um Schadenersatz zu erlangen. Das erste Schuldrecht trat also als Sühne für begangene Missetat, als Vergeltungsrecht in die Erscheinung. Dieses Vergeltungsrecht konnte durch die Erstattung einer Buße (compositio) zum Erlöschen gebracht werden. Zur Zeit der Volksrechte wurde der Verletzte in gewissen Fällen gezwungen, diese Buße anzunehmen und auf seine Selbsthilfe zu verzichten. Es lag damit eine Bußschuld des Uebeltäters vor, der keine Forderung auf Seiten des Verletzten entsprach. Auch eine Verurteilung der Volksversammlung genügte nicht, um in das Vermögen des Schuldigen vollstrecken zu können, sondern führte lediglich zu dessen Friedloserklärung. Eine Haftung des Schuldners für sein Bußgeld mit seiner Person oder seinem Vermögen kam nur dadurch zustande, daß er sich unabhängig von der Friedloslegung in einer feierlichen Vereinbarung dem Zugriff des Gläubigers direkt unterwarf.

So entstand im germanischen Recht der Unterschied zwischen der Schuld, dem Leistensollen des Schuldners und der Haftung, mittels derer sich der Schuldner mit seiner Person oder seinem Vermögen für die Schuld verbürgte.[1])

Anders die Römer. Hier galt der Satz: obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.[2]) Die obligatio war demnach ein Schuldband, das nur zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geknüpft war und dessen Verhaftung mit sich brachte. Die Verpflichtung des Schuldners ging dahin, an den Gläubiger eine Leistung zu bewirken. Der Gläubiger konnte, falls die obligatio mit einem Klagrecht versehen war, seinen Anspruch mit der actio in personam verwirklichen. Auf Grund des Urteils hatte er zunächst ohne weiteres das Recht, sich der Person des Schuldners zu bemächtigen (Personalexecution) und später in

1) Brunner-Heymann, S. 213, Dernburg B. R. II § 1 S. 1 ff., Hübner S. 449 ff.
2) pr. I. 3, 13.

sein Vermögen zu vollstrecken (Realexecution), um die schuldnerische Handlung auf diese Weise indirekt zu erzwingen.[1]) Es gab also keinen Unterschied zwischen Schuld und Haftung. Vielmehr betonte das römische Recht in erster Linie die Handlungspflicht des Schuldners und suchte diese dadurch sicher zu stellen, daß es die Personen der Obligationen untrennbar mit dieser verband. Dies zeigt sich vor allem darin, daß es dem Gläubiger im älteren römischen Recht unmöglich war, die Forderung abzutreten und damit einen anderen als Obligationssubjekt einzusetzen. Auch konnte der Mieter, wenn sein Vermieter die Mietsache verkauft und übereignet hatte, im Gegensatz zum heutigen Recht seinen Mietanspruch auf Gewährung der Mietsache nicht gegenüber dem Erwerber geltend machen, sondern er mußte sich an seinen Vermieter halten. Es galt der Satz: Kauf bricht Miete. Eine Schuldübernahme in der Weise, daß die gesamte Schuld auf einen neuen Schuldner überging, kannten die Römer nicht. Wir sehen also überall eine starke Bindung der Obligationen an bestimmte Personen. Eine Ausnahme bildete die actio in rem scripta, wobei der Schuldner des der actio zugrunde liegenden Schuldverhältnisses erst durch einen gewissen Zustand bestimmt wurde (etwa durch den Besitz der Sache) und wechseln konnte.

Nach der Rezeption entwickelte sich unter dem Einfluß germanischer Anschauungen, denen die scharfe römisch rechtliche Trennung des kausalen Verpflichtungsgeschäfts von dem dinglichen Erfüllungsgeschäft fremd war, das sog. ius ad rem. Es war dieses das Recht, die Einräumung einer bestimmten Sache nicht nur von dem vertragsmäßig verpflichteten Gegner zu verlangen, sondern auch von dem Dritten, der die Sache später in Kenntnis des ersten Vertrags von dem Vertragskontrahenten erworben hatte. Der Käufer konnte also die verkaufte Sache auf Grund des Kaufvertrags nicht nur von seinem Verkäufer, sondern auch von dem Dritten, der die Sache bösgläubig bekommen hatte, herausverlangen. Dies ius ad rem blieb ein obligatorisches, da es im Konkurs des Schuldners mit den anderen Konkursforderungen gleichmäßig behandelt wurde. Nur war es in der Lage, auch die dingliche Rechtsstellung des bösgläubigen dritten Erwerbers zu zerstören und genoß in dessen Konkurs vor den anderen Konkursgläubigern den Vorzug. Dieser Rechtsgedanke, der besonders im ALR.[2]) klar zum Ausdruck kam, veränderte den römisch rechtlichen Schuldbegriff dahin, daß das Forderungsrecht des Gläubigers sich nicht wie bisher nur gegen den Schuldner, sondern auch gegen den unbeteiligten bösgläubigen Dritten richten konnte. Es war also das ius ad rem ein Mittelding zwischen der obligatio und dem ius in re.[3])

Hieraus erhellt, daß im Lauf der Entwicklung der ursprüngliche Begriff der Obligationen in seiner einseitigen Wirkung zwischen Gläubiger und Schuldner teilweise eine Veränderung erfahren hat, insofern als das Schuldband sich lockerte und sogar eine Wirkung gegen Dritte erzeugte.

1) Ziebarth, S. 29/30.
2) § 124, I, 2.
3) Ziebarth S. 205 ff.; Enneccerus I, 2 S. 2; Hübner S. 162 f.

Allgemeiner Teil.

Begriff und Wirkung des Schuldverhältnisses.

§ 2

Begriff des Schuldverhältnisses.

Dem römisch rechtlichen Schuldbegriff, nach dem der Schuldner dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet war, folgt auch das BGB., indem es im § 241 bestimmt: „kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Dies Recht, von einem anderen etwas zu verlangen, bedeutet, daß der Gläubiger i. S. des ihm zustehenden Rechts verlangen kann und sein Verlangen zwangsweise durchsetzen darf.[1]) Hiernach besteht das Schuldverhältnis in einer Forderung des Gläubigers, der, wenn auch im Gesetz nicht ausgesprochen, eine Leistungspflicht des Schuldners gegenübersteht. Das Forderungsrecht deckt sich mit dem Begriff des Schuldverhältnisses und ist nach dem Wortlaut des § 241 identisch mit ihm. Daneben unterscheidet man aber auch Schuldverhältnis in weiterem Sinne, das die Quelle gleichzeitig für mehrere Forderungen sowohl nebeneinander als auch nacheinander ist. So muß man das Miet- und Pachtverhältnis, aus dem sich viele Forderungen für den Vermieter oder Mieter ergeben können, als ein derartiges Schuldverhältnis ansehen. Ausdrücklich gebraucht auch das Gesetz in § 423 BGB. für die Zusammenfassung der einzelnen Schuldverhältnisse bei der Gesamtschuld den Ausdruck Schuldverhältnis in diesem erwähnten weiteren Sinne.[2])

Durch das Schuldverhältnis werden also Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Personen hergestellt, auf Grund deren die eine (Gläubiger) von der anderen (Schuldner) eine Leistung zur Befriedigung eines Interesses verlangen kann. Daß diese Leistung in der Hergabe einer Sache besteht, ändert an den Beziehungen der Personen untereinander nichts und begründet nicht etwa ein Verhältnis zur Sache. Genau so wie im römischen Recht sind Subjekte des Schuldverhältnisses ganz bestimmte Personen, die vom Schuldband ergriffen werden und nicht etwa unbeteiligte Dritte. Daß auf die Bestimmtheit der Personen im Schuldverhältnis vom Gesetz ein besonderer Wert gelegt wurde, ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte des § 241 BGB.

1) **Hölder**, S. 9.
2) **Enneccerus** I, 2 S. 2; **Dernburg** B. R. II, § 1.

Der E. I, § 206 bestimmte: „Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Tun oder ein Unterlassen des Schuldners (Leistung) sein.“ Diese Vorschrift wurde im § 241 BGB. dahin geändert, daß dort auf die bestimmte Person des Gläubigers und des Schuldners hingewiesen wurde. Hieraus ergibt sich, daß das Gesetz festbestimmte Personen als zum Begriff des Schuldverhältnisses gehörig betrachtet wissen wollte. Aus diesem Grunde wurde auch das ius ad rem nicht mehr in die Rechtsnorm des BGB. aufgenommen.[1]) Allerdings kennt unser heutiges Recht im Gegensatz zum römischen nicht die untrennbare Bindung der Person mit dem Schuldverhältnis. Vielmehr kann sowohl auf der Gläubigerseite durch Forderungsabtretung oder Erbschaft ein Wechsel in der Person stattfinden, als auch auf der Schuldnerseite durch Schuldübernahme und Erbschaft, so weit es sich nicht um ein höchst persönliches Schuldverhältnis handelt.[2])

Außer dieser grundsätzlichen Bestimmtheit gehört ferner zum Wesen des Schuldverhältnisses, daß die Leistungspflicht zur Befriedigung des gläubigerischen Interesses führen muß. Wo kein Interesse mehr vorhanden, erübrigt sich auch der Rechtschutz. Damit verliert aber auch das Forderungsrecht des Gläubigers seinen rechtlichen Charakter. Es fragt sich nun, wie das Interesse des Gläubigers beschaffen sein muß, das durch die schuldnerische Leistung befriedigt werden soll, um vom Recht durch die Normierung eines Schuldverhältnisses i. S. des § 241 BGB. geschützt zu werden.

Manche[3]) verlangen im Anschluß an die römisch rechtliche Auffassung, daß das Interesse des Gläubigers und damit auch die Leistung des Schuldners einen Vermögenswert haben muß. Die Leistung des Schuldners brauche allerdings dem Gläubiger nicht unmittelbar einen Vermögensvorteil zu bringen, sondern müsse nur einen wirtschaftlichen, in Geld abzuschätzenden Wert haben. Ohne die Annahme eines derartigen Vermögenswertes werde der Begriff des Schuldverhältnisses verwischt und sei nicht mehr scharf zu trennen von familienrechtlichen Verhältnissen, die von Person zu Person gingen.

Dieser Ansicht kann aber nicht zugestimmt werden. Das Gesetz selbst gibt keine Auskunft darüber, wie das Interesse des Gläubigers beschaffen sein muß. Aber aus den Motiven[4]) ergibt sich, daß das Gesetz mit seinem Schweigen eine Leistungspflicht ohne Vermögenswert anerkennen wollte. Ferner würde nach Oertmanns Meinung eine Vereinbarung, wonach z. B. in gewissen Stunden des Tages kein Klavier gespielt werden solle, rechtsunwirksam sein, weil sie eben nicht in Geld abzuschätzen ist. Dagegen haben manche Verpflichtungen, die auf Anstand oder Sitte beruhen, Vermögenswert, wie z. B. eine Einladung und sind doch nicht ein-

1) Vgl. Motive II, S. 2—3.

2) Planck, Vorbem. zu § 241, S. 3 (1.—2. Aufl.); Oertmann, Vorbem. zu § 241, S. 2 (3.—4. Aufl.); RGRK. zu § 241, S. 359 (6. Aufl.).

3) Oertmann, Bem. Ib zu § 241 S. 12; Dernburg, Pr. Pr. II, § 21, S. 50; Dernburg B. R. II, § 84, S. 86; Endemann § 109, S. 626.

4) S. 3; Protokolle S. 278—81.

klagbar. Planck[1]) sieht daher von Vermögenswert ab und verlangt, daß die Leistung eine geschäftsmäßige sei. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit ist aber derartig flüssig, daß man ihn nicht als Kriterium eines Schuldverhältnisses gelten lassen kann.

Nach anderer Ansicht[2]) muß daher das Interesse des Gläubiger, das durch die Leistung des Schuldners befriedigt werden soll, ein schutzwürdiges sein. Soll nun aber der Richter, dem die Vereinbarungen der Parteien von seinem Standpunkte aus sehr unwichtig erscheinen, bestimmen, ob sie eines Rechtsschutzes würdig sind? Dann läge es immer in der Hand des Richters, die Parteiabmachungen zu einem rechtlich geschützten Schuldverhältnis zu machen. Ein solcher Zustand der Rechtsunsicherheit kann aber vom Gesetz nicht gewollt sein.

Vielmehr bestimmt der erkennbare Parteiwille, ob die Vereinbarung eine rechtliche ist. Daher können auch alle Pflichten der Sitte und des Anstandes von den Parteien zu rechtlichen Verpflichtungen gemacht werden, falls sie ihrer Ansicht nach des rechtlichen Schutzes bedürfen. Eingeschränkt wird diese Befugnis nur durch § 138 BGB., wonach die Rechtsgeschäfte nichtig sind, sobald sie gegen die Regeln der guten Sitten verstoßen. Wenn Oertmann hiergegen den Vorwurf erhebt, daß sich wegen des Fehlens des Vermögenswertes kein Unterschied mehr von anderen personenrechtlichen Beziehungen, besonders denen des Familienrechts ergebe, so ist das nicht haltbar. Die Forderungsrechte des Familienrechts, z. B. der Ehegatten untereinander, beruhen im Gegensatz zu den Schuldrechten auf rein sittlicher Grundlage. Die Familie ist die Quelle für die sittlichen Pflichten, denen das Recht die Rechtsnatur zur Verstärkung ihrer Kraft verleiht. Außerdem betont das Familienrecht nicht so sehr die Seite der Rechte wie die der Pflichten. Es geht nicht auf Befriedigung eines privaten Interesses sondern auf das persönliche Verhalten der beteiligten Familienangehörigen[3]). Die persönlichen Familienrechtsbeziehungen sind also von denen des Schuldrechts auch bei Annahme dieser Theorie wohl zu unterscheiden. Der Begriff des Schuldverhältnisses bestimmt sich demnach folgendermaßen: Das im Schuldverhältnis ausgedrückte Forderungsrecht ist das Recht des Gläubigers, von einem bestimmten Schuldner eine Leistung zur Befriedigung eines vom Recht zu schützenden Interesses zu verlangen.[4])

§ 3

Schuld und Haftung.

In der Definition des Schuldverhältnisses § 241 BGB. ist die Schuld und die Verhaftung für sie nach den Anschauungen des römischen Rechts zu einem Begriff verschmolzen. Der Schuldner muß für seine

1) Vorbem. II zu § 241, S. 5;
2) Eneccerus I,2 § 225;
3) Windscheid, Pandekten, I S. 103; Enneccerus I,2 § 225; anders Thon S. 198, der einen Unterschied leugnet;
4) ähnlich Enneccerus, I,2 § 225.

Verpflichtungen mit seinem Vermögen einstehen. Eine Gruppe von Schriftstellern will nun einige Einzelerscheinungen des BGB. nur mit Hilfe der deutsch rechtlichen Unterscheidung von Schuld und Haftung erklären können und kommt dadurch in einigen Fällen dazu, eine Schuld anzunehmen, für die mehrere Personen haften, also ein Schuldband mit mehreren Haftungsträgern. Nach dieser germanistischen Auffassung besteht die Schuld in der persönlichen Pflicht, dem Leistensollen des Schuldners. Dieser Schuld steht auf der anderen Seite das Forderungsrecht des Gläubigers gegenüber, das aber als solches nicht realisierbar ist.[1]) Um zu einer Verwirklichung des Inhaltes der Schuld zu kommen, bedarf es noch einer besonderen Haftung, mittels derer sich der Schuldner mit seinem Vermögen oder mit bestimmten Gegenständen daraus für die Erfüllung seiner Schuld einsetzt. Diesem Einstehenmüssen des Schuldners entspricht wiederum auf der Gläubigerseite das Befriedigungsrecht, d. h. das Recht, sich aus den verhafteten Gegenständen befriedigen zu dürfen. Dies Befriedigungsrecht liegt gleichsam wie eine Generalhypothek auf dem Vermögen des Schuldners, gibt aber die Sachen, die aus dessen Vermögen ausscheiden, frei.[2]) Puntschart[3]) und Hübner[4]) nennen dies Befriedigungsrecht Forderungsrecht. Diese Spaltung des Schuldverhältnisses in Schuld und Haftung kann aus den Vorschriften des BGB. nicht entnommen werden.

Wenn auch im altgermanischen Recht ein derartiger Unterschied zwischen Schuld und Haftung, die ihrerseits wiederum durch ein besonderes Treugelöbnis zur Entstehung kamen[5]), gemacht wurde, so ist dieser Standpunkt aber im heutigen Recht überwunden. Dem BGB. ist der Unterschied zwischen Schuld und Haftung in diesem Sinne vollkommen fremd. Es gebraucht die beiden Ausdrücke sehr häufig nebeneinander und drückt mit ihnen dann oft das Gleiche, nämlich das Leistensollen des Schuldners, aus. Man könnte hiergegen nun mit Puntschart (S. 12) einwenden, daß das Gesetz an einigen Stellen dem Satze Schuld = Haftung widerspräche, indem es neben der unbeschränkten Schuld eine beschränkte Haftung zulasse. So haften die Mitglieder einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht für die Genossenschaftsschulden nur bis zur Höhe ihrer Haftsumme, ferner kann z. B. der Erbe, der von dem Nachlaßgläubiger für die gesamte Schuld in Anspruch genommen wird, seine Haftung durch Nachlaßkonkurs- oder Verwaltung beschränken. Eine Erklärung hierfür soll aber unmöglich sein, wenn man an dem Satz Schuld = Haftung festhalte.

Dieser scheinbare Widerspruch im BGB. löst sich im ersten Fall dadurch, daß die Haftungsbeschränkung des Genossenschaftsmitglieds auch gleichzeitig einer Schuldbeschränkung entspricht. Die Schuld wird eben

1) So Schulz S. 227 f.; dagegen nennen Puntschart (S. 14) und Hübner (S. 456 f.) das Bekommensollen auf seiten des Gläubigers eine Gläubigerschuld.
2) So Schulz S. 231 u. 298;
3) vgl. S. 14;
4) vgl. S. 456;
5) Brunner-Heymann S. 207 u. 213 ff.; Gierke „Schuld und Haftung" S. 132 ff.

bis zur Höhe der Haftsumme eingeschränkt. Dieser rechnerischen (quantitativen) Haftungsbeschränkung steht die gegenständliche (qualitative) des Erben gegenüber. Hier hat der Erbe tatsächlich für den gesamten Umfang der Nachlaßschuld einzustehen; er kann aber die Zugriffsmöglichkeit durch Konkurs oder Nachlaßverwaltung auf die Nachlaßgegenstände beschränken. In diesem Sinne bedeutet Haftung das Unterworfensein eines Gegenstandes unter den Zugriff des Gläubigers. Er hat die Möglichkeit, auf Grund des Schuldverhältnisses eine Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners erwirken zu können, deren Umfang sich nach den Haftungsgrenzen bestimmt. Eine Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung im deutsch rechtlichen Sinne ist demnach weder aus dem Gesetz ersichtlich, noch zur Lösung einzelner Konstruktionsschwierigkeiten erforderlich.[1])

§ 4

Forderungsrecht und allwirksame Rechte.

Daraus, daß das in § 241 BGB. statuierte Forderungsrecht sich nur gegen den Schuldner richtet und demnach dem Gläubiger die Herrschaft über den Willen des Schuldners gibt, ihn zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, folgt, daß es ein relatives, nur gegen einen beschränkten Personenkreis wirkendes Recht ist. Infolgedessen kann ein Dritter nicht störend in die schuldrechtlichen Beziehungen eingreifen dadurch, daß er die geschuldete Leistung unmöglich macht. Das Rechtsband zwischen Gläubiger und Schuldner bleibt unberührt und erzeugt aus sich heraus keinen neuen Anspruch gegen den dritten Störer. Im Gegensatz dazu stehen die allwirksamen Rechte. Dieser Unterschied ist aus dem römischen Recht, das die actiones in personam von den absoluten actiones in rem schied, auch in das heutige BGB. übergegangen. Man versteht unter letzterem solche Rechte, denen eine Wirkung gegen alle Personen, die der Rechtsordnung unterliegen, innewohnt, und die infolgedessen von allen verletzt werden können.

Wann aber ein Recht als ein allwirksames anzusehen ist, ergibt sich aus dem Gesetz. Entweder erklärt es durch positive Gesetzesvorschrift das Recht zu einem ausschließlichen und unterwirft es damit in der Weise der Gewalt und rechtlichen Herrschaft des Berechtigten, daß jeder Dritte von dem Mitgenießer an dem durch das Recht geschützten Rechtsgut ausgeschlossen sein soll. Die Folge dieser Ausschließlichkeit ist nun, daß das Gesetz jedes störende Eingreifen Dritter in das geschützte Rechtsgut verbietet und dem Berechtigten einen Anspruch auf Unterlassung der Störung oder Herausgabe der Sache gibt. Oder aber das Gesetz verzichtet auf eine ausdrückliche Feststellung der Ausschließlichkeit und gibt dem Berechtigten nur einen Klagschutz gegen jeden dritten Störer. Aus dieser Folge eines absoluten Rechtes kann man dann auf das Vorhandensein eines solchen schließen. So gibt das Gesetz in § 903 BGB. dem

1) Reichel, S. 68 ff.; Enneccerus I,2 § 226,II; Matthias, § 72 S. 171.

Eigentümer das Recht, voll und ganz nach seinem Belieben über die Sache zu verfügen und statuiert in §§ 1004 und 985 die Folgen dieses ausschließlichen Rechtes, nämlich einen Klaganspruch gegen jedermann auf Unterlassung der Störung und Herausgabe der Sache. Dagegen ist in § 1 Unl. Wettbew.-Ges. die Ausschließlichkeit des Gewerbebetriebsrechtes nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern jeder Störer des Gewerbebetriebes mit einem Unterlassungsanspruch belegt, sodaß wegen dieser Rechtsfolge das Recht auf einen ungestörten Gewerbebetrieb als ein ausschließliches anzusehen ist.[1])

§ 241 BGB. spricht nun zwar von der Wirkung zwischen Schuldner und Gläubiger und stellt damit ganz und gar nicht ein Argument für die Wirksamkeit gegen Dritte auf, aber die Festsetzung dieses Anspruchs im Innenverhältnis zwischen den Beteiligten schließt nicht aus, daß nach außen hin durch besondere gesetzliche Vorschrift das Schuldrecht gegen Dritte geschützt wird, entweder so, daß der Dritte nicht eingreifen soll oder so, daß er die schuldige Leistung unter gewissen Umständen zu zahlen hat.

Es fragt sich nun, ob dem Schuldrecht trotz der seinem Wesen anhaftenden Relativität vom Gesetz in einzelnen Fällen auch eine Wirkung nach außen gegen mehrere Personen verliehen worden ist. Man könnte zunächst an die Gesamtschuld denken, wo der Gläubiger dieselbe Leistung von mehreren Personen verlangen kann. Vom Standpunkt der Einheitstheorie aus, die im Anschluß an die Keller'sche Lehre über die Korrealität im echten Gesamtschuldverhältnis e i n Schuldband sieht, das zugleich mehrere Schuldner erfaßt, läge tatsächlich e i n Forderungsrecht vor, das gegen mehrere wirksam wäre.[2])

Diese Theorie findet aber im Gesetz keine Stütze. Aus § 425 BGB. ergibt sich, daß die das Schuldverhältnis berührenden Tatsachen immer nur gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten, nicht aber gegen alle, was doch bei Annahme eines Schuldbandes der Fall sein müßte.[3])

Vielmehr besteht das Gesamtschuldverhältnis aus mehreren Einzelschuldverhältnissen zwischen dem Gläubiger und dem Gesamtschuldner, die auf eine gleichartige Leistung mit demselben Zweck gehen.

Daß das Forderungsrecht mit den absoluten Rechten in gewissem Sinne übereinstimmt, behauptet Neuner[4]), indem er eine allgemeine Bürgerpflicht zur Anerkennung eines jeden Forderungsrechts annimmt.[5]) Ähnlich wie Neuner lehrt auch Hellwig[6]) daß jedem Dritten eine Beeinträchtigung des Forderungsrechts untersagt ist; er gibt daher dem Gläubiger einen Anspruch auf Unterlassung gegen jeden Störer des

1) Oertmann zu § 823 3 b S. 1057; RG. 58 S. 29 und RGRK zu § 823 S. 560.
2) Schott, S. 10 ff.
3) Binder S. 583; Reichel S. 29 ff; Oertmann Vorbem. zu § 240 ff 4, S. 348.
4) S. 70.
5) Dagegen Thon S. 207.
6) S. 42.

Schuldverhältnisses, den jener mit einer Klage aus § 259 ZPO. realisieren kann. Hellwig gibt also nicht der eigentlichen Forderung eine Wirkung gegen Dritte, sondern will das Herrschaftsrecht an der Forderung oder das Eigentum an ihr, wie man es geradezu nennen darf gegen den Eingriff jedes Dritten geschützt wissen, indem er dem Herrschaftsberechtigten einen Unterlassungsanspruch gegen jeden Störer gibt.[1]) Die Richtigkeit der Hellwigschen Lehre hängt davon ab, ob sich der Nachweis führen läßt, daß das Gesetz diesem Herrschaftsrecht einen ausschließlichen Charakter beigelegt oder ihm wenigstens einen Rechtsschutz gegen jedermann verliehen hat. Nun spricht die Begriffsbestimmung des Forderungsrechts in § 241 gewiß nicht für die Annahme eines ausschließlichen Rechts. Eine Verpflichtung zur Unterlassung der Störung des Forderungsrechts, wie sie das Gesetz etwa in § 1 des Unl. Wettbew.-Ges. jedem in Ansehung des Gewerbebetriebs auferlegt, findet sich nirgendwo ausgesprochen. Wenn das Gesetz auch dem Dritten in gewissen Fällen[2]) die Möglichkeit gibt, in die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner einzugreifen und das Herrschaftsrecht des Gläubigers zu zerstören, so folgt daraus noch nicht, daß es jedem Dritten verboten ist, eine derartige Störung herbeizuführen. Hier ist vom Gesetz lediglich die Möglichlichkeit der Einwirkung Dritter auf das Herrschaftsrecht des Gläubigers ausgesprochen worden, nicht aber die Pflicht zur Unterlassung einer solchen. Die einzige Möglichkeit, eine Unterlassungspflicht aus dem Gesetz zu begründen, bietet § 823 BGB. Wenn man unter den dort angeführten sonstigen Rechten auch das Herrschaftsrecht an einer Forderung miteinbegreift, so könnte man aus der vom Gesetz für die schuldhafte rechtswidrige Verletzung dieses Rechtes statuierten Ersatzpflicht auch auf das Vorliegen einer Unterlassungspflicht schließen, von dem Gedanken ausgehend, daß derjenige, der zum Schadenersatz für eine begangene Handlung verpflichtet ist, auch in Zukunft die Handlung zu unterlassen hat. So erkennt denn auch das RG.[3]) in ständiger Rechtsprechung an, daß bei objektiver widerechtlicher Verletzung eines der im 25. Titel des BGB. geschützten Rechtsgüter ein vorbeugender Unterlassungsanspruch des Verletzten bei drohenden Zuwiderhandlungen und dringendem Rechtsschutzbedürfnis gegeben sein soll.

Zu den durch eine solche Unterlassungsklage geschützten Rechtsgüter ist aber das Forderungsrecht nicht zu rechnen. Zwar könnte man nach dem Wortlaut des § 823, Abs. 1, der nur von Rechten spricht, auf die Forderungsrechte als gegen die störenden Eingriffe Dritter, geschützte Rechtsgüter ansehen.[4]) Aber der Zusammenhang mit den in § 823 I beispielsweise aufgeführten Rechtsgütern ergibt, daß unter den sonstigen Rechten vom Gesetz nur die allwirksamen Rechte gemeint sind. Es kann daher den Forderungsrechten nicht nur dann, wenn ihre Verwirklichung durch

1) Leonhard § 5 S. 11.
2) z. B. 407, 409 808.
3) RG. 95, 273, 339, RG. 115, 416; 101, 339; RGRK. Vorbem. zu § 823.
4) Cosack § 163 I, Ia; § 164 II, I.

das Eingreifen Dritter unmöglich gemacht wird, sondern auch dann, wenn das Recht selbst zerstört wird [1]) der Schutz des § 823 I nicht gewährt werden.[2])

Ebenso wie der Versuch Hellwigs, das Herrschaftsrecht über Forderungen zu einem allwirksamen zu machen, als gescheitert angesehen werden muß, kann auch die Ansicht mancher Schriftsteller, nach der eine Gruppe von Forderungsrechten sich auch ihrem Inhalte nach gegen jedermann richten sollen, nicht als richtig gelten. Man [3]) führt dabei die deutschen Zwangs- und Bannrechte an, die durch Artikel 74 EGBGB., soweit sie aufrecht erhalten sind [4]), in den Rahmen des BGB. gespannt sind. Unter den Zwangs- und Bannrechten versteht man „die Befugnisse eines Gewerbetreibenden — gleichgültig ob auf einem Realrecht oder auf einer persönlichen Konzession beruhend — im Interesse seines Gewerbebetriebes von den Einwohnern eines Bezirks mit Bezug auf den Gewerbebetrieb ein gewisses Tun oder Unterlassen zu fordern".[5]) Wir haben es also hier mit einem Rechte zu tun, das innerhalb einer bestimmten Grenze sich gegen alle Personen richtet und darum allwirksam ist. Abgesehen davon, daß die Zwangs- und Bannrechte wegen ihres öffentlich-rechtlichen Charakters [6]) kaum mehr zum Privatrecht gerechnet werden können, liegt in diesem Falle kein Schuldrecht, sondern ein dingliches Recht vor; denn das Wesen des dinglichen Rechts ist gerade in erster Linie die Allwirksamkeit.[7]) Es kann also ein Schuldrecht niemals allwirksam sein, ohne seine schuldrechtliche Natur zu verlieren. Wird es, wie z. B. das Vorkaufsrecht durch Eintragung ins Grundbuch zu einem allwirksamen Recht, so ist es auch damit gleichzeitig zu einem dinglichen geworden. Es ist nun im weiteren Verlauf dieser Arbeit zu prüfen, ob es im BGB. nicht Fälle gibt, die durch ihre Wirkung auch gegen mehrere einzelne Dritte eine Ausnahme von der Relativität der Schuldrechte darstellen und ob diese Rechte der Gruppe der allwirksamen dinglichen oder den einseitigen Schuldrechten zugerechnet werden müssen.

---

1) Unter dieser Voraussetzung nimmt Planck (2. Aufl.) Vorbem. zum 25. Tit., S. 603 und § 823, Bem. 2a den Schutz des § 823 an.

2) So Oertmann zu 823, 3d.

3) Landsberg, § 14, S. 55; von Scher, S. 401 ff.

4) Die Aufhebung der Zwangs- und Bannrechte bestimmt sich nach § 7, Nr. 2, 3, 4 und § 8 GO.

5) Brauchitsch zu § 7 GO. 3; Dernburg, Obligationsrecht, S. 942.

6) Jellineck, S. 472.

7) Leonhard, § 4, S. 8.

Besonderer Teil.

I. Kapitel.

Die mehrwirksame Vertragsschuld nach § 556, 604, 557, 751, 755 II.

§ 5

Der Herausgabeanspruch des Vermieters, Verpächters, Verleihers nach §§ 556, 581 und 604.

(Zweck und Voraussetzung)

Nach § 556 I BGB ist der Mieter verpflichtet, die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Das Recht, die Sache herauszuverlangen, hat der Vermieter nach Abs. 3 nach Beendigung seines Mietvertrages auch dem gegenüber, dem die Sache vom Mieter zum Gebrauch überlassen worden ist. Den gleichen Anspruch gibt das Gesetz in § 581 II und 604 IV dem Verpächter und Verleiher. Wir stehen also hier vor der merkwürdigen Tatsache, daß der Vermieter seinen auf dem Vertrage beruhenden Herausgabeanspruch auch gegen den Dritten geltend machen kann, mit dem er in keinerlei vertragsmäßige Beziehungen getreten ist.

Im gemeinen Recht stand dem Vermieter, der gleichzeitig Eigentümer war, außer den Eigentums- und den sonstigen dinglichen Klagen der possessorische Rechtsschutz zur Verfügung. Er allein war auf Grund der römisch rechtlichen Besitzlehre als Besitzer (possessor) anzusehen und konnte demnach auch nur allein die Rechtsmittel, die ihm das Gesetz zur Verteidigung seines Besitztitels gab, handhaben. Der Mieter dagegen hatte nicht den Besitz, sondern die bloße Innehabung der Sache (detentio) und wurde als detentor gegen Dritte nur ganz spärlich nach kanonischem Recht durch die Spolienklage geschützt, während er gegen den Vermieter, der ihn mit der Besitzklage in Anspruch nahm, nur die Einrede aus seinem Vertrage geltend machen konnte.[1]) Dem Untermieter dagegen, der nur in einem Vertragsverhältnis zum Mieter, aber nicht in einem solchen zum Vermieter stand, war jedes Rechtsmittel gegen den ihn auf Herausgabe verklagenden possessor versagt. Er hatte höchstens durch

1) Schneider S. 81; Dernburg Pandekten II § 111 S. 307, 308, Anm. 34; ferner Windscheid Pandekten § 197 N. 3 S. 672; Ziebarth will noch nicht einmal eine derartige Einrede zulassen (S. 49).

Benennung seines Oberbesitzers (laudatio auctoris) die Möglichkeit, aus dem Streit auszuscheiden.

Nachdem der erste Entwurf die römisch-rechtliche Besitzlehre beibehalten hatte, änderte sie der zweite Entwurf vollständig ab in dem Sinne, daß gemäß dem späteren § 854 der als Besitzer anzusehensein sollte, der die Herrschaft über die Sache ausübe. Demzufolge ist der Mieter jetzt als Besitzer im Sinne des § 854 anzusehen, während der Vermieter zwar auch den Besitz, aber nach § 868 einen schwächeren, mittelbaren hat, d. h. er kann die Besitzrechte nur gegen Dritte, die den Besitz stören, geltend machen, aber nicht gegen den unmittelbaren Besitzer selbst, der etwa über den Rahmen des ihm gewährten Besitzrechtes hinausgeht. Diese mittelbare Besitzerstellung hat der Vermieter auf Grund des § 871 auch dem Untermieter gegenüber, denn es handelt sich hier um einen mittelbaren Besitz zweiter Stufe[1]), der durch zwei Besitzmittlungsverhältnisse zwischen Vermieter und Mieter einerseits und Mieter und Untermieter andererseits hergestellt wird (§871). Infolgedessen kann der Vermieter, wenn er nach Beendigung seines Mietverhältnisses den Untermieter aus seiner Besitzstellung vertreiben will, sich nicht wie im römischen Recht auf die Besitzklagen der §§ 861 ff. berufen. Nur der Vermieter, der Eigentümer oder der sonst dinglich berechtigt an der Sache ist, könnte auf Grund der Eigentumsklage aus § 985 die Herausgabe der Sache von dem Untermieter verlangen. Dieser Klage gegenüber kann der Untermieter nicht seinen den Hauptmietvertrag überdauernden Untermietvertrag vorbringen, den er mit dem Mieter geschlossen hat. Denn ein Recht zum Besitz kann er nach § 986 dem Eigentümer gegenüber nur dann geltend machen, wenn auch derjenige, von dem er den Besitz ableitet, nämlich der Mieter, noch zum Besitze berechtigt ist. Ist der Vermieter dagegen, wie es sehr häufig vorkommt, weder Eigentümer noch sonst dinglich Berechtigter an der Sache, so wäre er, wenn er nach Ablauf des Mietvertrages die Sache vom Untermieter herausverlangt, darauf angewiesen, sich vom Mieter dessen Herausgabeanspruch gegen den Untermieter aus dem Untermietvertrage abtreten zu lassen. Aber auch dieses Mittel würde versagen, wenn der Untermieter auf Grund seines Vertrages noch berechtigt ist, die Sache zu behalten. Um nun dem Vermieter aus seiner prekären Lage zu helfen und ihm die Möglichkeit zu geben, wieder in den Besitz der Sache zu gelangen, hat ihm das Gesetz in § 556 III einen Anspruch auch gegen den Untermieter gewährt. Der Zweck des § 556 III geht also dahin, dem Vermieter, der nicht Eigentümer ist, lediglich den Rückgabeanspruch seiner Sache zu sichern.[2])

Zur Begründung seines Anspruches gegen den Untermieter hat der Vermieter nach § 556 III zunächst zu behaupten und zu beweisen, daß zwischen ihm und dem Mieter ein gültiger Mietvertrag zustandegekommen ist, auf Grund dessen der Mieter die Sache zum Gebrauch innehatte.

---

1) Ähnlich Cosack 3. Auflage 1900-01, II, S. 63.

2) Prot. II, S. 190; Rosin S. 77 ff; Warneyer zu § 556 III; Oertmann zu 556, 3 b.

Ist der Mietvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des einen Teils oder wegen Anfechtung oder aus irgend einem anderen Grunde (z. B. § 31 Mieterschutzgesetz, wenn der Mietvertrag nicht angezeigt ist) nichtig, so bleibt dem Vermieter die Klage aus § 556 III versagt. Dasselbe gilt bei der Leihe in § 604 IV. Wenn Schulz [1]) aus dem Sinn des § 556 und § 604 entnehmen will, daß nicht nur ein Mietvertrag oder Leihvertrag, sondern auch eine Verwahrung die Voraussetzung für einen Anspruch auf § 556 III und § 604 IV sein könne, so ist das abzulehnen, da der Wortlaut des § 556 dagegen spricht.[2]) Hätte das Gesetz diese Bestimmung auch auf den Verwahrungsvertrag ausdehnen wollen, so hätte es bei dem Ausnahmecharakter des Anspruchs eine Regelung bei § 695 (Verwahrungsanspruch) getroffen.[3])

Ferner muß der Hauptmietvertrag beendigt sein. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Rückgabepflicht durch ordnungsmäßigen Ablauf der Mietzeit oder auf sonstige Weise entsteht.[4])

Zuletzt verlangt das Gesetz noch für die Entstehung des Anspruchs, daß der Mieter die Sache dem Dritten zum Gebrauche überlassen hat. Aus § 549 ergibt sich, daß die Untermiete als Hauptfall der Gebrauchsüberlassung anzusehen ist.[5]) Unter Gebrauchsüberlassung ist jede tatsächliche Gewährung der Sache zu verstehen.

Auch derjenige, an dem von dem Dritten seinerseits wieder der Gebrauch überlassen wird und sofort, fällt in den Kreis derer, die dem Vermieter zur Rückgabe verpflichtet sind. Ausgenommen dagegen ist der, der die Sache in Verwahrung oder auf Grund einer Eigentumsübertragung, sei es auch einer nichtigen, in Besitz genommen hat.[6])

Diese Voraussetzungen müssen unter allen Umständen vom Kläger zur Begründung seiner Klage angeführt werden, ganz gleichgültig, welche rechtliche Natur man dem Anspruch gibt. Diese Konstruktion sollte nach den Protokollen [7]) der Wissenschaft überlassen bleiben. Sie ist insofern sehr wichtig, als die Entstehung, der Umfang und der Inhalt des Anspruchs, sowie Einreden, die sich nicht aus dem § 556 ergeben, sich nach ihr bestimmen. Daher ist es nicht angebracht, wenn Siber [8]) wegen der Schwierigkeiten, die sich Konstruktionsversuchen entgegenstellen,

1) S. 300.

2) Wie Schulz auch Oertmann zu § 695, 3.

3) Aehnlich Romeick S. 16/17.

4) Die Beendigung richtet sich neben den Vorschriften des BGB. nach den Regeln des Mieterschutzgesetzes vom 1. VI. 1923, §§ 1—4, 18—26 und 31

5) Crome, System II, 1 S. 55 ff verneint dies, da er in der Gebrauchsüberlassung eine Zession der Gebrauchsrechte sieht.

6) So Planck, 4. Aufl. S. 841 IIIb; Nissen S. 203; Charv S. 30; a. M. Zabel S. 62, der nur eine Gebrauchsüberlassung direkt vom Mieter gelten lassen will. Dies entspricht m. E. nicht dem Sinn des § 556, da dann der Vermieter gegenüber den ferneren Gebrauchsnachfolgern schutzlos sein würde a. A.: Schulz S. 301, 302, der auch hier Gebrauchsüberlassung annimmt und sich damit vollkommen über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzt.

7) II S. 190

8) Passivlegitimation S. 240, Anm. 2.

auf solche überhaupt verzichten will. Es muß vielmehr eine Lösung gefunden werden, die die Natur des Anspruchs so bestimmt, daß sie dem Zweck des § 556 und den allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts entspricht.

§ 6

Die sachenrechtlichen Konstruktionen des § 556 III.

a) Mobiliarvindikation.

Wie wir gesehen haben, hat das Gesetz den § 556 III als Ersatz für die dem Vermieter im gemeinen Recht zustehenden possessorischen Klagen gegen den Untermieter gegeben. Dies hat wahrscheinlich manchen Schriftsteller dazu verleitet, den Anspruch aus § 556 III als einen sachenrechtlichen anzusehen.

So bezeichnet Hellwig [1]) die Klage aus § 556 III ebenso wie die aus § 604 IV als die in romanistische Kleidung verhüllte, deutsch rechtliche Mobiliarvindikation. Zu dieser Behauptung führen ihn folgende Erwägungen:

Der Kläger müsse zur Begründung seines Anspruches die Beendigung des Hauptmietverhältnisses und der Gebrauchsüberlassung beweisen, oder, was dasselbe sei, seine mittelbare Besitzerstellung gegenüber dem unmittelbaren Besitzer. Der Vermieter verlange also als mittelbarer Besitzer, für den die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 spreche, die Sache von dem Dritten heraus, der sich als unmittelbarer Besitzer nicht ebenfalls auf die Vermutung des § 1006 berufen könne, da sein Besitz ja von dem des Klägers abgeleitet sei und infolgedessen keine Eigentumsvermutung für ihn nach § 1006 Abs. 3 begründe. Es liegt also eine Eigentumsklage des Vermieters auf Herausgabe vor, die er mit Hilfe von § 1006 als Vermieter anstellen kann.

Daß es sich um eine derartige Mobiliarvindikation handelt, will Hellwig mit § 986 beweisen. Darin, daß der Vermieter die Sache erst nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses herausverlangen könne, liege in Harmonie mit § 986 I die Bestimmung, daß er Restitution an ihn selbst vorher nicht begehren könne.

Gegen die Hellwig'sche Theorie erheben sich schwere Bedenken, man macht [2]) ihm zum Vorwurf, daß er auf Grund des § 1006 Abs. 3 eine Klage des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe gegen den unmittelbaren Besitzer gebe, während doch der § 1006 lediglich eine Eigentumsvermutung aufstelle. In diesem Sinne sind aber die Ausführungen Hellwigs m. E. nicht zu verstehen, was sich ja schon aus dem Namen, den er dem § 556 Abs. 3 gibt, nämlich Mobiliarvindikation, entnehmen läßt. Auch nach Hellwig stellt § 1006 lediglich eine Eigentumsvermutung für den Vermieter auf, die ihn nach § 556 Abs. 3 befähigen soll, als Eigentümer — ähnlich wie in § 985 — die Mietsache in Anspruch zu nehmen.

---

1) Verträge S. 421 f.
2) So Pries S. 51; Chary S. 22; Schneider S. 86.

Zunächst läßt sich nun gegen Hellwig anführen, daß sich sein sachenrechtlicher Anspruch im Rechte der Schuldverhältnisse befindet, daß also die Stellung im System gegen die Annahme spricht, daß es sich hier um einen dinglichen Anspruch handeln kann.[1] Nun ist dies m. E. zwar ein Grund gegen Hellwig, er kann aber allein nicht ausschlaggebend sein, da man ebenso gut dagegen einwenden könnte, daß sich an anderen Stellen des Schuldrechts, vor allem auch im Mietrecht § 559, doch unbestreitbar sachenrechtliche Ansprüche befinden.

Stärker gegen die Annahme eines Sachenrechts spricht schon ein Vergleich des § 556 Abs. 3 mit § 556 Abs. 1. In Abs. 1 kann der Vermieter die Sache vom Mieter herausverlangen, in Abs. 3 geht dieses Recht auch gegen den, dem die Sache vom Mieter zum Gebrauch überlassen ist, also gegen den Untermieter. Die Verbindung der beiden Ansprüche durch das Wörtchen „auch" in demselben Paragraphen zeigt deutlich ihre nahe Verwandtschaft, die es ausschließt, daß der Abs. 1 ein persönlich-schuldrechtlicher, der Abs. 3 ein sachenrechtlicher Anspruch sein kann.[2])

Hiergegen wendet sich Planck.[3]) Nach ihm bedeutet das Wort „auch" in § 556, Abs. 3, daß der Vermieter neben dem Anspruch gegen den Mieter auch einen zweiten gegen den Untermieter erhält. Es soll also hierdurch nur eine Häufung der Ansprüche des Vermieters, nicht aber deren Wesensgleichheit ausgedrückt werden. Zum Beweise für seine Behauptung stützt sich Planck auf einen Vergleich der beiden Ansprüche, aus dem sich ergibt, daß der Rückgabeanspruch gegen den Mieter bereits mit der Uebergabe der Mietsache, gegen den Untermieter dagegen erst nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses entsteht. Ferner sollen die beiden Ansprüche auch inhaltlich von einander verschieden sein, insofern als der Mieter die Sache unter allen Umständen zurückzugeben habe, der Untermieter aber nur dann, wenn er dazu imstande sei.[4]) Daß die beiden Ansprüche in gewissem Sinne, besonders was die Zeit der Entstehung anbelangt, verschieden sind, ist zuzugeben und ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Aber es wird auch nicht die Identität[5]), sondern nur die Wesensgleichheit der beiden Ansprüche behauptet. Diese wird aber durch die zeitliche Differenz in der Entstehung keineswegs beeinflußt. Die von Planck behauptete Verschiedenheit der beiden Ansprüche in Bezug auf ihren Inhalt liegt ebenfalls nicht vor. Auch der Untermieter muß genau so, wie der Mieter nach Entstehung seiner Verpflichtung die Mietsache unter allen Umständen zurückgeben, falls er nicht durch die allgemeinen Bestimmungen des BGB., z. B. wegen unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung davon frei wird. Es muß also dabei bleiben, daß die

1) Oertmann zu § 556, S. 578.
2) Siehe Romeick, S. 17.
3) S. 81.
4) So auch Mittelstein, S. 453.
5) Nach Hellwig (Anspruch und Klagerecht, S. 86) sind Ansprüche nur dann identisch, wenn es sich um dieselben Personen, denselben Gegenstand (Inhalt der Leistung) und denselben Rechtsgrund handelt.

Ansprüche aus § 556, Abs. 1 und Abs. 3 infolge ihrer engen Verbindung ihrer Natur nach als gleichartig anzusehen sind.

Hieraus zieht, nun Bödiker [1]) die Konsequenzen in umgekehrter Richtung und behauptet, daß der an und für sich schuldrechtliche Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Rückgabe der Sache in § 556 I im Gegensatz zur rein schuldrechtlichen actio locati des gemeinen Rechts durch die Verbindung des Abs. 3 gewisse dingliche Elemente in sich aufnehme: „der in § 556, Abs. 1 gegebene Anspruch bestehe, scholastisch-realistisch ausgedrückt, aus einem aus zwei verschieden gefärbten Fäden bestehenden Bande".

Dem Anspruch aus § 556 Abs. 1 auf diese Weise einen besitzrechtlichen Charakter unterzuschieben, geht aber m. E. nicht an. Denn der Vermieter beruft sich doch seinem Mieter gegenüber nur auf seinen Mietvertrag und nicht auf seine besitzrechtliche Stellung. Da also der Anspruch aus § 556 Abs. 1 ein schuldrechtlicher ist, so muß er auch der aus § 556 Abs. 3 sein.

Ferner ergibt ein Blick auf den Verwahrungsvertrag, wo eine gleichlautende Vorschrift fehlt, die dem Hinterleger ein Recht auf Rückgabe der Sache gegenüber dem gibt, der die Sache vom Verwahrer zum Gebrauch überlassen bekommen hat, daß die Konstruktion Hellwigs nicht haltbar ist. Denn, wenn bei der Miete ein derartiger Eigentumsanspruch für den Vermieter gegeben ist, so müßte er doch auch für den Hinterleger gegeben werden, da die Verhältnisse hier gleich gelagert sind. Hellwig wendet hiergegen ein, daß eine solche Vorschrift sich erübrige, weil ja nach § 695, der dem Hinterleger das Recht zur jederzeitigen Zurückforderung der Sache gibt, in dem Rückgabeverlangen des Hinterlegers immer eine Beendigung des Verwahrungsvertrages liege. Der § 556 Abs. 3 sei aber nur deswegen beim Mietrecht eingefügt worden, um dem Vermieter einen Anspruch nicht sofort, sondern erst nach Beendigung des Hauptmietvertrags zu geben. Dieser legislative Grund spiele beim Verwahrungsvertrage wegen des § 695 ja keine Rolle. Hier muß man aber Hellwig fragen, warum denn das Gesetz den § 556 Abs. 3 geschaffen hat. Denn dieser Paragraph besagt doch nach ihm auch nur eine Selbstverständlichkeit, die schon in § 986, Abs. 1 klar und deutlich ausgedrückt ist, nämlich daß der vom Eigentümer in Anspruch genommene Untermieter vorbringen kann, daß der Hauptmietvertrag noch nicht beendigt sei, und der, von dem er seinen Besitz ableite, demgemäß dem Eigentümer gegenüber noch zum Besitz berechtigt wäre. [2]) Wenn also bei § 556 Abs. 3 und § 604 Abs. 4 die Vorschriften der §§ 985 und 986 noch einmal wiederholt würden, so hätte sich mindestens die Vorschrift des § 985, also die Mobiliarvindikation gegenüber dem Dritten, der die Sache zum Gebrauch erhalten hat, bei der Verwahrung wieder finden müssen, um Mißverständnissen vorzubeugen. [3]) Da dies aber nicht

1) S. 46 ff.
2) So auch Rosin, S. 81 und Schneider, S. 86.
3) Siehe Romeick, S. 16.

der Fall ist, so kann auch hierin ein Grund gegen die Hellwig'sche Ansicht gesehen werden. Anderer Ansicht ist Schulz[1]), der auch bei Verwahrung § 556 III und § 604 IV analog anwendet, was, wie schon oben erwähnt, abzulehnen ist.

Dann gibt auch ein Vergleich des § 556 III mit §§ 985, 986 klar zu erkennen, daß die Voraussetzuug, von der Hellwig ausgeht, nämlich der Harmonie des § 556 III mit § 986 in Verbindung mit §§ 985 und 1006 nicht stimmt.

Klagt der Vermieter, der dem Mieter keine Erlaubnis zur Untermiete gegeben hat, als Eigentümer nach § 985 auf Herausgabe der Sache, so kann dieser ihm entgegenhalten, daß zwar nicht er, wohl aber der Mieter zum Besitze berechtigt sei und infolgedessen der Vermieter die Herausgabe nach § 986 I nicht an sich selbst, sondern an dem Mieter verlangen könne. Ein derartiges Vorbringen ist aber nach § 556 seitens des Untermieters nicht möglich. Hier kann die Klage des Vermieters überhaupt schlüssig erst dann erhoben werden, wenn das Hauptmietverhältnis beendigt ist, während das bei § 985 nicht der Fall sein braucht. Eine ähnliche Bestimmung, etwa in Analogie des § 550, daß der Vermieter auch vom Untermieter den ihm gegenüber vertragswidrigen Gebrauch verbieten könne in der Weise, daß der Untermieter an den Mieter zurückzugeben habe, kennt das Gesetz nicht.[2]) Man könnte nun versucht sein, gerade aus dieser Tatsache eine Berechtigung des § 556 III abzuleiten, indem man behauptet, daß die Harmonie, die grundsätzlich zwischen § 985 und § 556 III bestände, in diesem Punkte gestört sei, daß also § 556 III gegenüber §§ 985 und 986 eine Einschränkung bedeute und deshalb seine besondere Daseinsberechtigung habe. Dagegen muß man aber sagen, daß, wenn § 556 eine Wiedergabe der §§ 985 und 986 mit einer Einschränkung sein soll, es unverständlich ist, daß das Gesetz mobiliar vindication des § 556 III in dieser Weise anders behandelt als die Eigentumsklage aus § 985.

Eine besondere Disharmonie des § 556 III mit § 986 ergibt sich aus der Tatsache, daß der aus § 985 Klagende die Sache von jedem herausverlangen kann, während die Klage aus § 556 III und § 604 IV nur dem gegenüber möglich ist, dem die Sache zum Gebrauch übergeben worden ist. Von dem Käufer also, der die Sache von dem Mieter bösgläubig erworben hat und nach § 932 kein Eigentümer geworden ist, kann der Vermieter-Eigentümer nach § 985 die Sache zurückverlangen, nicht aber der Vermieter, der auf Grund des § 556 klagt, denn hier ist Voraussetzung des Anspruchs eine Gebrauchsüberlassung, die ja bei dem Käufer, dem die Sache zum Zweck der Uebereignung vom Mieter übergeben ist, nicht vorliegt. Aehnlich ist die Sachlage, wenn der Mieter die Mietsache zum Pfande oder zur Verwahrung hingegeben oder wenn der bösgläubige Erwerber seinerseits wieder die Sache zur Miete an einen Dritten gegeben hat. Hier macht überall das Fehlen der Gebrauchsüberlassung allein

1) S. 300 ff.
2) Romeick S. 18; Morgenroth S. 20.

oder der Umstand, daß diese Gebrauchsüberlassung von einem anderen als dem Mieter erfolgt ist, den Anspruch aus § 556 III und § 604 IV unmöglich, während er bei § 985 in den meisten Fällen, nämlich bei Bösgläubigkeit des Erwerbers, gegeben ist.[1])

Neben der angeblichen Harmonie des § 556 III mit § 985 ist noch § 1006 ein Hauptstützpunkt der Hellwig'schen Theorie. Daß der Vermieter einer beweglichen Sache nach Beendigung des Mietvertrages zum Beweise seines Eigentums § 1006 heranziehen kann, muß ohne weiteres zugegeben werden. Denn nach 1006 III spricht die Eigentumsvermutung für ihn als mittelbaren Besitzer auch dann noch, wenn das Hauptmietverhältnis beendigt ist. Solange noch der Herausgabeanspruch auf Grund des Mietverhältnisses nach Beendigung des Mietvertrages dem Mieter gegenüber noch nicht erloschen ist, bleibt der Vermieter nach § 868 mittelbarer Besitzer. Zu bezweifeln ist aber, ob der Vermieter, wenn er den Herausgabeanspruch aus § 556 III geltend macht, sich, wie Hellwig als selbstverständlich vorauszusetzen scheint, auf die Eigentumsvermutung des § 1006 berufen will. In den meisten Fällen will der Vermieter doch nur aus seinem Vertrage, nicht aus seiner Besitzerstellung heraus, klagen.[2])

Ganz versagt der § 1006 aber dann, wenn der Vermieter, der den Anspruch nach § 556 III geltend macht, nicht Eigenbesitzer sondern nur Fremdbesitzer, insbesondere seinerseits wieder Mieter oder Pächter ist. Dann kann er sich nicht auf die Eigentumsvermutung des § 1006 berufen, den die Vermutung des § 1006 gilt nur für den Eigenbesitzer bezw. den obersten mitelbaren Besitzer[3]) und nicht für den, der von diesem seinerseits wieder den Besitz abgeleitet hat. In allen diesen Fällen also, wo der aus § 556 III klagende Vermieter seinerseits wieder Pächter oder Mieter ist, würde nach der Hellwig'schen Theorie ein Anspruch aus § 556 III nicht gegeben sein, so daß ein solcher Vermieter dem Untermieter gegenüber vollkommen schutzlos wäre. Dies kann aber vom Gesetz in § 556 III nicht gewollt sein.[4])

Ferner wendet Romeick[5]) gegen die Hellwig'sche Theorie ein, daß der § 1006 lediglich eine Eigentumsvermutung für bewegliche Sachen aufstelle, während die §§ 556 III und 604 IV für sämtliche Sachen, bewegliche und unbewegliche, Geltung haben. Es müßte also der Vermieter, der gegen den Untermieter auf Räumung des Grundstücks klagt, sein Eigentum beweisen, falls er nicht im Grundbuch eingetragen ist. Eine derartige Beweisführungspflicht geht aber aus dem § 556 nicht hervor.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 556 III läßt darauf schließen, daß es sich bei dem Anspruch nicht um einen dinglichen, sondern nur um einen schuldrechtlichen handeln kann.

---

1) So auch Romeick S. 19 und Morgenroth S. 19.
2) Wie hier Bödiker S. 46; Morgenroth S. 42.
3) Staudinger zu § 1006 I, 3 S. 630.
4) Ähnlich Romeick S. 19.
5) S. 15; Rosin S. 81; Schneider S. 86; Morgenroth S. 20.

Nach den Protokollen [1]) gebietet ein dringendes praktisches Bedürfnis, dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses unter allen Umständen auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Untermieter auf Räumung bezw. auf Rückgabe der Mietsache zu geben. Ohne eine besondere positive Vorschrift würde der Vermieter einen derartigen Anspruch nur dann haben, wenn er auf Grund des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes von jedem Inhaber die Herausgabe der Sache verlangen könnte. Aus dieser Gegenüberstellung geht hervor, daß bei der Abfassung des BGB. der Anspruch aus § 556 III nicht als dinglich angesehen wurde.

Auch in prozessualer Hinsicht kommt Hellwig zu einem unerfreulichen, nicht dem Sinn des § 556 entsprechenden Ergebnis. Es würde nämlich hiernach bei der Klage gegen den Untermieter die Mietsache zu einer im Streit befangenen Sache i. S. von 325 ZPO. werden. Der Untermieter könnte auf Grund des § 76 ZPO. seinen Oberbesitzer benennen und hätte die Möglichkeit, aus dem Streite auszuscheiden. Der Mieter dagegen, der doch nur durch ein schuldrechtliches Band mit dem Vermieter verknüpft ist, würde auf diese Weise in einen dinglichen Streit hineingezogen werden. [2])

Ein Teil der gegen Hellwig sprechenden Erwägungen versucht nun Bödiker aus dem Wege zu räumen, indem er im Anschluß an Hellwig nicht den Eigentumsanspruch des § 985, sondern den Anspruch des früheren Besitzers aus § 1007 auf den § 556 III über § 986 überträgt. Er läßt also wie Hellwig die Harmonie des § 556 III mit § 986 bestehen und setzt nur anstelle des Eigentümers in § 986 den früheren Besitzer in § 1007. Die Berechtigung hierfür leitet er aus dem § 1007 III ab, der auf die entsprechende Anwendung der §§ 986 ff. hinweist. Auf Grund der von Hellwig [3]) gegebenen Auslegung des § 1007 kommt Bödiker zu dem Ergebnis, daß der Oberbesitzer einen Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache gegen den Unterbesitzer auf Grund des § 1007 geltend machen könnte, und er sich alle die Einwendungen, die nach § 986 dem Eigentümer gegenüber von seiten des Besitzmittlers zulässig seien, auch seinerseits gefallen lassen müsse. Der Besitzanspruch nach § 1007 bestehe also für den älteren Besitzer, Oberbesitzer, möge er vor Hingabe der Sache an den Unterbesitzer, Eigenbesitzer oder selbst wieder Unterbesitzer gewesen sein, gegen seinen Besitzmittler ebenso wie für den Eigentümer. Den Inhalt des § 1007 übersetzt nun Bödiker über § 986 in den § 556 III und sagt, daß der Vermieter als älterer Besitzer die Sache vom Untermieter als Unterbesitzer nach Beendigung des Mietverhältnisses herausverlangen könne in Uebereinstimmung des § 1007 und § 986. Da nun in § 1007 und § 556 III derselbe Rechtsgedanke zum Ausdruck komme, so müsse auch § 556 III besitzrechtlichen Charakter haben. Allerdings gilt § 1007 nur für bewegliche Sachen, während

1) II. S. 190.
2) s. Romeick S. 22.
3) Rechtskraft S. 352.

§ 556 III auch für unbewegliche Sachen in Anwendung kommt. Hieraus zieht nun Bödiker den Schluß, daß § 556 III eine Erweiterung des in § 1007 ausgeprägten Rechtsgedankens darstelle und somit auch den älteren Grundstücksbesitzer ein dem § 1007 entsprechendes Recht zur Räumung gäbe. Hiermit ist nach Bödiker der § 556 III als bloße Wiederholung des § 986 und § 1007 nicht überflüssig, sondern hat wegen des in ihm erweiterten Rechtsgedankens seine Daseinsberechtigung. Damit erübrigt sich auch der Vorwurf Romeicks, daß nach Hellwig'scher Anschauung nur ein Rückforderungsanspruch wegen beweglicher Sachen gegeben sei. Auch das Rückforderungsrecht des Vermieters, der seinerseits wieder Pächter oder Mieter ist, ergibt sich nach Bödiker auch aus § 556 III im Hinblick auf § 1007.

Gegen die Theorie Bödikers ist aber einzuwenden, daß er von einer falschen Auslegung des § 1007 ausgeht. Der § 1007 gibt dem früheren Besitzer, der den Besitz verloren, aber nicht freiwillig aufgegeben hat, eine Klage gegen den jetzigen Besitzer auf Herausgabe der Sache. Es handelt sich also hier um eine Besitzverlustklage, deren erste Voraussetzung immer sein muß, daß der Kläger den Besitz verloren hat. Nach der Bödiker'schen Ansicht aber soll der mittelbare Besitzer gegen den Besitzmittler sich auf § 1007 stützen können. Man kann in diesem Falle von dem Kläger nicht als früheren Besitzer sprechen, da er doch i. S. des § 868 noch als rechtmäßiger Besitzer anzusehen ist. Zudem kann auch in der freiwilligen Hingabe der Sache an den Mieter kein Besitzverlust gesehen werden. Auf das innere Verhältnis zwischen mittelbarem Besitzer und Besitzmittler ist deshalb der Anspruch aus § 1007 nicht anwendbar. Auch wenn das Hauptmietverhältnis beendigt sein sollte, bleibt dennoch der Vermieter, wie schon oben erwähnt, so lange mittelbarer Besitzer, als er noch einen Anspruch auf Herausgabe der Sache auf Grund des Mietvertrages hat. Man kann also den Vermieter sowohl vor wie nach Beendigung des Mietvertrages nicht als früheren Besitzer i. S. des § 1007 ansehen, da er doch in jedem Falle noch mittelbarer Besitzer nach § 868 bleibt. Hieraus ist ersichtlich, daß eine Uebersetzung des § 1007 auf § 556 III wegen des Charakters von § 1007 überhaupt unmöglich ist. Damit würden der Theorie Bödikers die Grundlagen entzogen.

Auch bei Annahme seiner Theorie würde immer noch nicht erklärt sein, warum der Anspruch aus § 556 III nur gegen den geht, der die Sache zum Gebrauch überlassen bekommen hat, während der Anspruch aus § 1007 gegen jeden jetzigen Besitzer gilt.[1])

Staudinger[2]) kommt zu der Auffassung, daß der Untermieter, der nach Beendigung des Hauptmietvertrages gleichwohl die Mietsache besitzen will, „dem Vermieter widerrechtlich den Besitz gewissermaßen durch verbotene Eigenmacht entzieht". Er faßt demnach die Klage als eine Art Eigenmachtsklage auf. Hierzu kommt er hauptsächlich durch die Er-

1) So auch Morgenroth S. 22;
2) 9. Aufl. 1928 zu § 556 III,5 S. 495.

wägung, daß einerseits zwischen Untermieter und Vermieter ja keine Vertragsvereinbarung bestehe, andererseits die Untermiete allein in der Hauptmiete wurzele, also mit deren Beendigung dem Vermieter gegenüber keine Berechtigung mehr habe. Zu dieser Auffassung ist Staudinger wahrscheinlich durch die gemeinrechtliche Anschauung geführt worden, daß der Mieter, der dem dinglich klagenden Vermieter-Eigentümer die Sache auf Grund des Mietsrechts verweigert, nicht mehr als detentor, sondern als invasor rei alienae, also als Störer anzusehen ist.[1])

Aehnlich wie Staudinger äußert sich Fuld[2]) über die Natur des Anspruchs aus § 556 III, wenn er annimmt, daß der Untermieter durch sein Verbleiben in der Wohnung nach Beendignng der Hauptmiete sich einer unberechtigten Besitzstörung schuldig mache, da sein vom Mieter abgeleitetes Recht erloschen sei. In Verfolg dieser Ansicht geht Fuld sogar so weit, auch ohne Beendigung des Hauptmietvertrags dem Vermieter ein direktes Klagrecht auf Räumung der Mietsache zu geben, denn auch in diesem Falle sei der Untermieter, der ohne Genehmigung des Vermieters besitze, als Störer anzusehen. Dies mag ja in manchen Fällen, wenn der Vermieter den Untermieter los werden will, ohne dem Mieter wegen seines pflichtwidrigen Verhaltens zu kündigen, eine billige Lösung sein, entspricht aber nicht dem Rahmen des § 556 III. der eine Beendigung des Hauptmietverhältnisses voraussetzt.

Noch weiter geht Friderici[3]), der den Untermieter, welcher nach Beendigung der Hauptmiete in der Wohnung verbleibt, als eine Person auffaßt, welche unberechtigt in das Haus des Vermieters eingedrungen sei. Nach den beiden letzten Schriftstellern handelt es sich also nicht wie bei Staudinger um einen Besitzentziehungs- sondern um einen Besitzstörungsanspruch. Aber in dem Sinne, in dem es Friderici tut, kann man von dem Untermieter doch schwerlich als Störer sprechen, da er nicht in die Sache eingedrungen, sondern in dem Besitz der Sache verblieben ist.

Die besitzrechtliche Auffassung des § 556 III überhaupt verstößt aber gegen einen Grundbegriff des Sachenrechts, nämlich die verbotene Eigenmacht. Nach § 858 BGB. begeht verbotene Eigenmacht, wer eine Sache dem Besitzer ohne seinen Willen entzieht oder ihn in seinem Besitze stört. Ein Vergleich mit § 869 ergibt, daß unter Besitzer i. S. des § 858 nur der unmittelbare Besitzer gemeint sein kann, denn Besitzer und mittelbarer Besitzer werden in § 869 in ihrer Rechtsstellung bei der verbotenen Eigenmacht näher umrissen und gegenübergestellt. Wenn man aber die Ansicht der obigen Schriftsteller zugrunde legt, würde der Begriff der verbotenen Eigenmacht weit über den Rahmen des § 858 hinausgehen, denn hier wird eine Entziehung wider den Willen des unmittelbaren Besitzers verlangt, während bei Staudinger auch schon dann verbotene Eigenmacht vorliegt, wenn der Mieter, der die Sache vom Vermieter

1) Ziebarth S. 49 ff.;
2) S. 109;
3) S. 45.

mit dessen Willen erhalten hat, die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses noch behält. Ueberhaupt würde jeder, der auf Grund eines in § 868 angegebenen Rechtsverhältnisses eine Sache als Besitzmittler besitzt, nach Beendigung dieses Verhältnisses durch Verbleiben in seiner Besitzerstellung verbotene Eigenmacht gegen seinen mittelbaren Besitzer begehen. Ebenso begeht der Untermieter, der ohne Erlaubnis des Vermieters besitzt, damit eine widerrechtliche Besitzstörung. Eine derartige Auffassung der verbotenen Eigenmacht würde aber den im § 858 festgelegten Begriff über den Haufen werfen.[1]) Denn es geht nicht an, in der Hingabe einer Sache an die Vertragspartei ein Gewaltmoment zu sehen, das die Anwendung des § 858 rechtfertigen würde. Es wird in allen diesen Fällen nicht der Besitz, sondern das Recht des mittelbaren Besitzers gestört. Dies wird aber auch von Staudinger[2]) zugegeben, wenn er sagt: „In der Richtung gegen den unmittelbaren Besitzer aber kann dem mittelbaren Besitzer kein Besitzschutz zugesprochen werden, denn dies würde nicht harmonieren mit der Stellung des mittelbaren Besitzers".

Daß der Anspruch des § 556 III kein besitzrechtlicher sein kann, ergibt sich auch aus dem Gedanken heraus, daß die Gebrauchsüberlassung zwar nicht immer notwendig mit einer Besitzübertragung verbunden sein muß. Es sind vielmehr auch Fälle denkbar, wo jemand zwar den Gebrauch, aber nicht den Besitz der Sache hat.[3])

Ferner müßte, wenn die Klage aus § 556 III als eine Besitzklage anzusehen wäre, auch statt der dreißigjährigen die kurze Verjährung des § 864 für sie in Betracht kommen, was aber selbst von Staudinger nicht behauptet wird.[4])

Weiterhin ist auch der Zweck der possessorischen Rechtsmittel von dem der Klage aus § 556 III ganz verschieden. Die possessorischen Rechtsmittel sind im Interesse des Verkehrs gegeben und bezwecken eine schnelle vorläufige Regelung der streitigen Sachlage, in § 556 dagegen soll ein endgültiger Rechtszustand geschaffen werden.[5]) Wenn Romeick zuletzt noch die Geschichte als Argument gegen Staudinger anführt, so ist das nicht ganz richtig. In der Denkschrift[6]) heißt es zwar: „ebenso wenig bedarf der mittelbare Besitzer der Besitzansprüche im Verhältnis zu dem unmittelbaren Besitzer; gegen Übergriffe des Letzteren bietet der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügenden Schutz." In unserem Falle hat aber der Vermieter gegen den Untermieter keinerlei obligatorischen Anspruch, da ja zwischen ihnen direkt kein Rechtsverhältnis besteht. Es ließe sich also die Denkschrift eher im Sinne von Staudinger und Fuld verwenden als umgekehrt.[7])

1) Chary S. 20 f.; Schneider S. 85 Anm. 9; Morgenroth S. 16 f.; Pries S. 50; Romeick S. 22; Oertmann zu § 556 3 a a;
2) Zu § 869,2;
3) Morgenroth S. 18;
4) Chary S. 21; Romeick S. 23;
5) Chary S. 21;
6) S. 71, ebenso Protokolle II S. 190;
7) Morgenroth S. 17 ff.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß eine sachenrechtliche Konstruktion der §§ 556 III und 604 IV weder im Sinne Hellwigs und Bödikers noch im Sinne Staudingers zu halten ist. Die Theorie Hellwigs und Bödikers muß daran scheitern, daß sowohl der Eigentumsanspruch der §§ 985 und 986 als auch der Besitzverlustanspruch des § 1007 auf den Herausgabeanspruch des Vermieters gemäß § 556 III wegen der Verschiedenheit ihrer rechtlichen Natur nicht zu übersetzen sind. Es besteht nämlich zwischen diesen Ansprüchen im Gegensatz zu der Annahme Hellwigs und Bödikers keinerlei Harmonie. Gegen Hellwig spricht noch besonders, daß sich die von ihm herangezogene Eigentumsvermutung des § 1006 im Widerspruch mit dem Anspruch aus § 556 III nur auf bewegliche Sachen bezieht, während gegen Bödiker, der diesen Fehler durch die Anwendung der Besitzverlustklage des § 1007 vermeiden will, die unmögliche Auslegung dieses Paragraphen spricht.

Bestätigt wird die Unrichtigkeit dieser Auffassung durch die Geschichte des § 556 III.

Staudingers Ansicht (Fuld, Friderici) läßt sich nicht halten, weil bei ihrer Anwendung der Grundbegriff der verbotenen Eigenmacht zerstört werden würde.

Gegen beide Ansichten läßt sich einwenden, daß die Stellung der Ansprüche aus §§ 556 und 604 im System der Schuldverhältnisse für eine sachenrechtliche Konstruktion keinerlei Anlaß gibt.

§ 7

Verschiedene Mittelmeinungen.

Actio utilis.

Eine andere Gruppe von Schriftstellern erklärt den Anspruch aus § 556 III aus schuldrechtlichen Grundsätzen heraus. So bezeichnet Stammler[1]) und ferner Fischer-Henle[2]) die Klage aus § 556 III als eine actio utilis. Hierunter versteht man im römischen Recht eine Klage, die der Prätor in Erweiterung eines schon bestehenden Rechtsgedankens gab.[3])

Nach Brückner[4]) knüpft sich die Herausgabepflicht des Untermieters daran, daß dieser die Sache im Besitz haben muß. Hierdurch soll der Anspruch zu einer actio in rem scripta gestempelt werden. Allerdings sei zur Entstehung des Anspruchs die Beendigung des Hauptmietvertrages erforderlich.

1) Einrede aus dem Recht zum Besitz S. 135;
2) 5. Aufl. zu § 556, in der 11. Aufl. findet sich kein Konstruktionsversuch, ferner Hruza S. 304;
3) Vgl. Sohm S. 684;
4) S. 79.

Auf demselben Standpunkt steht auch Planck [1]), wenn er sagt, daß der Anspruch sich gegen jeden Dritten richte, der die Sache zum Gebrauch überlassen bekommen habe und sich daher als eine gemeinrechtliche actio in rem scripta darstelle. Unter einer actio in rem scripta versteht man nun ein Schuldverhältnis, bei dem das Schuldband zwischen den einzelnen Schuldträgern nicht durch deren Tun oder Unterlassen zur Entstehung kommt, sondern an dem Besitz einer Sache, einer der Obligation an sich fremden Tatsache geknüpft wird. [2])

Ein gewisses Verhältnis des Beklagten zur Sache ist also erforderlich. Es müßte sich daher nach dieser Theorie der Anspruch gegen jeden Besitzer richten. In Wirklichkeit kann aber auf Grund des Gesetzes nur der in Betracht kommen, dem die Sache zum Gebrauch überlassen worden ist, also z. B. nicht der Verwahrer. [3]) Ferner kann auch mit § 556 III der belangt werden, der in vereinzelten Fällen die Sache zwar nicht im Besitze, wohl aber zum Gebrauche überlassen bekommen hat. Die Annahme einer actio in rem scripta in diesem Sinne deckt sich also nicht mit dem Anspruch aus § 556 III und gibt zudem auch keine Aufklärung über den Inhalt und Umfang des Anspruchs. [4]) Ganz besonders spricht aber sowohl gegen eine actio utilis, wie gegen eine actio in rem scripta, daß es sich hier um rein römisch-rechtliche Institutionen handelt, die mit der Person des Prätors in engem Zusammenhange standen. Wir haben aber heute keinen Prätor mehr, der in einer Formel eine actio utilis geben könnte. Es ist daher nicht angängig, auf diese Weise auf das römische Recht zurückzugreifen. [5])

Romeick betrachtet den Anspruch aus § 556 III als eine abgeleitete Schuld, zu deren Begründung er sich ebenfalls auf die actio in rem scripta bezieht. Im Gegensatz zu Brückner lehnt er aber die gemeinrechtliche Auffassung dieser römischrechtlichen Klage, wonach der Beklagte durch ein Verhältnis zur Sache vor allem durch deren Besitz passiv legimitiert sein müsse, ab. Die Grundlage für seine Theorie bildet die klassische actio in rem scripta quod metus causa. Diese Klage gaben die Römer dem, der durch den Zwang eines anderen einen Rechtsverlust erlitten hatte. Sie richtete sich gegen jeden, der hieraus einen Rechtserwerb gemacht hatte und ging auf Wiedergutmachung. Die Rückerstattungspflicht des Dritten, der den Zwang nicht ausgeübt hatte, war stets eine eigene und gründete sich darauf, daß er ex hac re etsi crimine caret lucrum sensit. [6]) Die Voraussetzungen der Verpflichtung sind also haec res, d. i. die Zwangshandlung des Zwingenden, und ex hac re lucrum sensisse, d. i. die neutrale Tatsache in der Person des Dritten. [7]) Diese Klage besteht also selbständig und unabhängig neben der actio

---

1) 1. und 2. Aufl. zu § 556 III,3 aber nicht mehr in der neuesten 4. Aufl.;
2) Savigny 1. Bd. S. 134; Sohm S. 688;
3) Mittelstein S. 259 Anm. 15; Rosin S. 78 f.;
4) Oertmann zu § 556 III S. 578; Khary S. 24 ff.;
5) Leonhard § 4 S. 9;
6) L. 14 § 3 und 5 D. 4,2;
7) S. 11 ff.

gegen den Zwingenden und hat mit dieser nur das Tatsbestandsmerkmal der Zwangshandlung gemeinsam. Der Rechtsgedanke dieser actio quod metus causa gegen den Dritten qui ex hac re lucrum sensit soll sich nun nach Romeick in § 556 III wiederfinden. In beiden Fällen ist eine obligatorische Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich. Auf der einen Seite ist es der Restitutionsanspruch des Gezwungenen gegen den Zwingenden, auf der anderen Seite der durch den beendigten Mietvertrag fällig gewordene Rückgabeanspruch gegen den Mieter.[1]) Neben diese obligatorische Beziehung lagere sich eine völlig neutrale, sei es rechtliche, sei es rein faktische Tatsache in der Person des Dritten, dort das lucrum sensisse ex ea re, hier die von seiten des Mieters oder Entleihers erfolgte Gebrauchsüberlassung an den Dritten, welche den Vermieter an sich rechtlich nicht berühre. Aus dieser Lagerung der Sache folgere das Gesetz einen direkten Anspruch des Vermieters gegen den Dritten, um einen bestimmten Rechtszweck — dort die Restitution, hier die Rückgabe der Sache — absolut zu erreichen. Die obligatorische Beziehung zwischen Vermieter und Mieter werde nicht auf den Untermieter in dieser oder jener Weise übertragen, sondern sei nur ein Tatbestandsmerkmal für das nunmehr zwischen Vermieter und Untermieter geknüpfte Rechtsband.

Mit anderen Worten stellt Romeick im Anschluß an die actio quod metus causa gegen den Dritten den Anspruch aus § 556 III als einen vollständig selbständigen dar, der genau so wie die actio quod metus causa bei dem Vorliegen zweier Tatbestandsmerkmale, nämlich der Beendigung des Hauptmietvertrags und der Gebrauchsüberlassung an den Dritten, zur Entstehung kommt. Nicht verlangt wird von Romeick, daß der Dritte in einem Verhältnis zur Sache steht, wodurch dieselbe zu einer streitbefangenen i. S. des § 325 ZPO. würde sondern nur, daß der Dritte durch ein Handeln oder Unterlassen den Tatbestand verwirklicht.[2]) Zunächst scheint Romeick in seinen Ausführungen nicht ganz folgerichtig zu sein. Er will die Einwendungen des Untermieters, daß zwischen ihm und dem Vermieter vor der Beendigung des Hauptmietvertrags noch keine rechtlichen Beziehungen bestehen, nicht gelten lassen, vielmehr habe der Untermieter von der Gebrauchsüberlassung an Sorge zu tragen, um seiner dereinstigen, mit Beendigung des Mietverhältnisses fälligen Rückgabepflicht genügen zu können.[3]) Also eine dereinstige Rückgabepflicht und eine sofortige Haftung. Dies ist aber ein Widerspruch. Eine Haftung muß einer Schuld, also einer Verpflichtung entsprechen. Diese Verpflichtung ist aber in unserem Falle die Rückgabepflicht des Untermieters, die demnach schon bei der Gebrauchsüberlassung entstanden sein muß und erst mit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses fällig wird.

M. E. ist die Romeick'sche Lehre in ihrem Hauptpunkt nicht aufrechtzuerhalten. Romeick betont ausdrücklich an verschiedenen Stellen,

1) S. 28;
2) Ebenso Morgenroth S. 34;
3) S. 30 und 31.

daß die Rückgabeverpflichtung des Untermieters eine eigene und in seiner Person ursprünglich entstandene sei. Eine Sukzession des Untermieters in die Pflichten des Mieters kommt nach der Romeick'schen Konstruktion nicht in Frage und wird von ihm abgelehnt. Demnach brauche der Untermieter den durch den Mieter angerichteten Schaden an der Mietsache nicht zu vertreten. Vielmehr habe er nur für sein eignes Verschulden in Bezug auf seine eigene Rückgabepflicht einzustehen. Dies ist nun an und für sich keine Besonderheit der Romeick'schen Theorie und kann nicht als Beweis für die Ursprünglichkeit des Anspruchs gelten. Der Mieter und der Untermieter stehen nämlich nach dem Sinne des Gesetzes in ihrer Rückgabepflicht in einem Gesamtschuldverhältnis gegenüber dem Vermieter, d. h. jeder einzelne ist verpflichtet, aber wird frei, wenn einmal geleistet worden ist. Im übrigen aber stehen die Verpflichtungen gemäß § 425 selbständig nebeneinander, so daß das Verschulden des einen Gesamtschuldners die Leistungspflicht des anderen regelmäßig nicht berührt. Worin kommt denn nun die vom Hauptanspruch unabhängige Entstehung der abgeleiteten Schuld zum Ausdruck? Nirgends ist eine Unterscheidung des Anspruchs gegen den Untermieter dem Inhalt und Umfang nach von dem gegen den Mieter zu sehen. Da Romeick keine Möglichkeit einer näheren selbständigen Ausgestaltung dieses Schuldverhältnisses findet, läßt er die Bestimmungen des Hauptvertrages Punkt für Punkt auch für das Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter gelten. So gilt die im Hauptmietvertrag festgesetzte Verschuldensgrenze auch für den Untermieter. Muß also der Mieter für jede Fahrlässigkeit in Bezug auf die Rückgabe der Mietsache einstehen, so trifft diese Verpflichtung auch den Untermieter selbst, wenn im Untermietvertrage zu seinen Gunsten nur grobe Fahrlässigkeit vorgesehen sein sollte.

Aehnlich steht es mit dem Zurückbehaltungsrecht. Der Dritte, der die Sache vom Mieter zur Leihe bekommen hat, soll gegenüber dem Vermieter nicht nur nach § 273 II ein Zurückbehaltungsrecht haben wegen Verwendungen, die er nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag gemacht hat, sondern auch wegen solcher notwendigen Ansprüche, die nach § 547 nur der Mieter dem Vermieter gegenüber vorbringen könnte. Der Dritte bekommt also hier Rechte zugewiesen, die sich weder aus seinem Leihvertrage, noch aus seinem Verhältnis zum Vermieter, sondern direkt aus dem Hauptmietvertrage, aus dem Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter ergeben. Also überall finden wir eine Abhängkeit vom Hauptvertragsverhältnis, so daß eine vollständige Gleichartigkeit der abgeleiteten Schuld mit der Mietschuld vorliegt. Diese Uebereinstimmung spricht nun nicht dafür, daß die abgeleitete Schuld ursprünglich in der Person des Dritten entsteht und sich in keinem Sukzessions- oder einem ähnlichen Verhältnis zur Hauptmietverpflichtung befindet.[1]) Wenn Romeick sich für diese Ausgestaltung seiner Schuld auf die Denkschrift beruft, wonach

1) Rappaport, S. 220, der sich im wesentlichen an Romeick anschließt, kommt aber zu der engsten Verbindung zwischen der Verpflichtung des Untermieters und der des Mieters, indem er mit Stammler (S. 134) die Rückgabepflicht des Untermieters

der Anspruch aus dem Vertrage entspringt und weiterhin sagt, daß der Kläger garnicht anders klagen kann, denn als Vermieter und Verleiher, so kann das nicht als eine Begründung für die starke Abhängigkeit seines Anspruchs vom Hauptanspruch angesehen werden. Vielmehr ergibt sich daraus, daß die Aehnlichkeit der abgeleiteten Schuld mit der actio quod metus causa, bei der man doch von einer derartigen inhaltlichen Abhängigkeit des Anspruchs des Gezwungenen gegen den Dritten von dem gegen den Zwingenden nicht reden darf, nicht in dem Maße vorhanden ist wie Romeick sie annimmt. So ging die actio quod metus causa auf das, was der Dritte noch in seinem Vermögen hatte; bei der abgeleiteten Schuld Romeicks dagegen haftet der Dritte, ganz einerlei, ob er die Sache noch hat oder nicht, für den gesamten Schaden, falls er nach den Regeln des BGB. dafür einzustehen hat.[1]) Selbst wenn man aber die Aehnlichkeit zwischen den beiden Klagen zugibt, so geht es doch m. E. nicht an, die Tatsache, daß hier ein Anspruch ursprünglich entstanden ist, damit zu beweisen, daß sich im klassischen römischen Recht eine ähnliche Konstruktion befunden habe, so lange nicht die Konstruktion des Anspruchs aus den Rechtssätzen, die uns das BGB. zur Hand gibt, erfolgen kann.

Außerdem kann m. E. die Romeick'sche Theorie nicht mit dem Zweck des § 556 III, nach dem dem Vermieter lediglich die Rückgabe der Mietsache gesichert werden soll, in Einklang gebracht werden. Wenn z. B. der Vermieter seinem Mieter nach Beendigung des Mietvertrages aus Billigkeitsgründen noch eine längere Nachfrist zur Räumung der Wohnung gibt, so wäre nach Romeick der Vermieter trotzdem befugt, ohne Rücksicht auf seine Verabredung mit dem Mieter sofortige Räumung der Wohnung seitens des Untermieters zu verlangen, denn die Stundung der Rückgabe wirkt nach § 425 immer nur für den Schuldner, mit dem sie vereinbart worden ist, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt. Etwas anderes ergibt sich aber aus der Romeick'schen Konstruktion nicht, da die abgeleitete Schuld selbständig und unabhängig von der Hauptmietschuld enstanden ist und fortlebt. Nach dem Zweck des § 556 dürfte aber der Vermieter, der auf eine sofortige Rückgabe der Mietsache verzichtet hat, seinen Anspruch keinesfalls trotzdem dem Untermieter gegenüber geltend machen, denn damit würde der Sicherungszweck des § 556 III weit überschritten werden.

Es kann daher Romeick nicht zugestimmt werden, wenn er die Untermieterverpflichtung als eine ursprünglich enstandene ansieht.

Gegen Romeick bringt nun vor allem Nissen[2]) vor, daß das Gesetz eine Haftung des Untermieters von dem Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung an nicht kenne, aber bei dem Ausnahmecharakter dieses

als eine von der Pflicht des Mieters abhängige gesamtschuldnerische Nebenpflicht ansieht und daher dem Untermieter alle Einreden ex iurae tertii, also aus der Person des Mieters gibt.

1) Zabel, S. 62.

2) S. 202.

Instituts allen Anlaß gehabt hätte, dies zu tun, wenn der Gesetzeswille darauf gerichtet gewesen wäre. Aus dem Gesetze ergibt sich nichts weiter, als daß der Untermieter nach Beendigung des Hauptmietvertrages die Sache an den Vermieter zurückgeben muß. Dabei ist von einer Haftung von der Gebrauchsüberlassung an keine Rede. Nur der Mieter hat nach § 549 II für das Verschulden seines Untermieters einzustehen, nicht aber der Untermieter selbst. Dieser Rechtsschutz muß auch dem Vermieter vollkommen genügen. Es ist daher die Theorie Romeicks, weil mit dem Gesetze im Widerspruch stehend, abzulehnen.

Nissen[1]) versucht nun, diese Schwäche der Romeick'schen Konstruktion zu vermeiden und behauptet, daß die Gebrauchsüberlassung nur das erste Tatbestandsmerkmal im Verpflichtungsgrunde der §§ 556, 604 sei. Ein zweites, den Verpflichtungsgrund vollendendes Merkmal sei der Umstand, daß der Dritte vom Vermieter zur Zurückgabe der Sache aufgefordert sei. Also von diesem Zeitpunkt an ist nach Nissen der Anspruch erst entstanden und gleichzeitig fällig geworden. Daher kommt eine Haftung des Untermieters vorher nicht in Betracht. Selbst wenn er schuldhafter Weise vor der Aufforderung die Sache zerstört haben sollte, kann der Vermieter sich wegen des Wertersatzes nicht an den Untermieter, sondern nach § 549 II nur an den Mieter halten, da sich der Untermieter auf schuldlose Unmöglichkeit berufen kann[2]).

Die Ansicht Nissens entspricht insofern der Billigkeit, als der Untermieter erst dann zu haften braucht, wenn er durch die Aufforderung des Hauptvermieters positiv von der Aufhebung des Hauptmietvertrages und der Entstehung seiner Verpflichtung in Kenntnis gesetzt wird. Planck[3]) will einen Beweis für die spätere Haftung des Untermieters aus dem Wortlaut des § 556 erbringen. Hiernach sei in Abs. 3 der Untermieter im Gegensatz zum Mieter in Abs. 1 nicht zu einer Leistung verpflichtet, vielmehr könne der Vermieter die Sache von dem Untermieter nur fordern, sodaß also erst im Zeitpunkt der Aufforderung die Haftung entstände. Diese Schlußfolgerung ist aber m. E. nicht richtig. Wenn der Vermieter auf Grund des Gesetzes eine Berechtigung zum Fordern hat, so muß auf der Seite des Untermieters auch eine Pflicht zur Leistung vorliegen, denn ein Forderungsrecht, dem keine Leistungspflicht entspricht, ist ein Nonsens. Es ergibt sich also aus dem Wortlaut des § 556 kein Anhaltspunkt dafür, daß im Sinne Nissens die Verpflichtung des Untermieters erst mit der Aufforderung seitens des Vermieters zur Entstehung kommt.

Aus diesem Grunde setzt Pries[4]) anstelle der Aufforderung durch den Vermieter die Tatsache des beendigten Mietvertrages. Er hält also an dem Tatbestandsmerkmal der Gebrauchsüberlassung fest und läßt mit

1) S. 202.
2) Aehnlich Hruza S. 304; Stammler S. 135.
3) S. 841 III b d der sich im übrigen der Nissen'schen Konstruktion nicht anschließt, und Mittelstein S. 453 ff.
4) S. 56, ebenso Charp S. 29.

der durch die Beendigung des Hauptmietvertrages fällig gewordenen Rückgabepflicht des Mieters auch automatisch die Rückgabepflicht des Untermieters entstehen und fällig werden.

Diese Ansicht kommt zwar dem Wortlaut des § 556 entgegen, gibt aber für sich betrachtet keine Konstruktion, sondern nur eine Erklärung darüber, wann der Anspruch entsteht. Legt man ihr dagegen die Romeick'sche Begründung unter, so muß sie aus den oben angeführten Erwägungen abgelehnt werden, weil es nicht angängig ist, Vorschriften des BGB. in den Rahmen einer actio quod metus causa zu spannen.

Aehnlich wie Romeick behauptet auch Schulz [1]) die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes des Vermieteranspruchs aus § 556 I von dem aus § 556 III mit einer ganz anderen Begründung.

Er geht dabei von dem oben (§ 3) dargelegten germanistischen Unterschied der Schuld und der Haftung des Schuldners bezw. des Forderungs- und Befriedigungsrechts des Gläubigers aus. In § 556 soll nun diese besondere Haftung auf der Mietsache ruhen und mit Uebergang der Sache in den Besitz des Untermieters auch mit übergehen, so daß auch der Untermieter mit der Mietsache hafte. Eine Haftung ohne Schuld ist aber nach allgemeinem Grundsatz auch vom germanistischen Standpunkt aus unmöglich.[2]) Eine solche Schuld soll sich nun aus dem Gedanken heraus ergeben, daß der Untermieter widerrechtlich in die Haftung bezw. das Befriedigungsrecht des Vermieters eingegriffen habe. Diese Schuld hat mit dem Hauptmietvertrage im Gegensatz zu der abgeleiteten Schuld Romeicks nichts gemeinsam, sondern ist ihrer Natur nach als ein Recht des Gläubigers auf den Eingriffserwerb zu erklären. Der Gläubiger bekommt also gegen den Dritten, der widerrechtlich in sein Recht eingegriffen hat, einen Anspruch auf das, was dem Dritten durch den Eingriff zugefallen ist. Dadurch, daß der Untermieter die Sache in Besitz nimmt, macht er zunächst objektiv einen Eingriff in die auf der Sache ruhende Haftung und verletzt das Befriedigungsrecht des Gläubigers, da dieser die Sache nun nicht mehr bei dem Mieter ergreifen kann. Zur Entstehung der Schuld ist nun aber erforderlich, daß der Eingriff widerrechtlich ist.

Hat der Untermieter die Sache mit Erlaubnis des Vermieters nach § 549 in Besitz, so ist nach Schulz seine Besitzerstellung bis zur Beendigung des Hauptmietverhältnisses auch dem Vermieter gegenüber eine rechtsmäßige. Von da ab endet aber die Erlaubnis und damit die Rechtmäßigkeit seines Besitzes. Der Eingriff in die Haftung und der Besitz werden zu einem widerrechtlichen und damit entsteht die Schuld bezw. auch der Rückgabeanspruch des Vermieters gegen ihn. Hat dagegen der Untermieter von dem Mieter die Sache ohne Erlaubnis des Vermieters zum Gebrauch überlassen bekommen, so ist sein Besitz dem Vermieter gegenüber von vornherein widerrechtlich und damit auch der Eingriff in die

1) S. 300;

2) Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 852; Schuld und Haftung S. 99 Puntschart S. 15; Hübner S. 457.

Haftung. Die Schuld des Untermieters entsteht in diesem Falle im Augenblick der Gebrauchsüberlassung.

Für die Ansicht von Schulz spricht, daß sie zu einem billigen Ergebnis kommt. Er läßt nämlich den Untermieter auch nach Entstehung seiner Verpflichtung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht schlechthin haften, sondern stellt auf dessen guten Glauben beim Erwerben der Sache ab. Unter Gutgläubigkeit versteht Schulz [1]) die Unkenntnis von der Widerrechtlichkeit des Erwerbes. Demnach ist bei bösem Glauben eine Haftung für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit gegeben, während bei Gutgläubigkeit nur auf den Ueberrest des Erwerbes gehaftet wird. Zerstört also der Untermieter in Unkenntnis des Hauptmietvertrags aber auf Grund des ihm nach dem Untermietvertrage zustehenden Gebrauchsrechts einen Teil der Substanz der Mietsache, so ist er nur verpflichtet, den Ueberrest herauszugeben, obwohl die Rückgabepflicht bei unerlaubter Untermiete sofort bei Gebrauchsüberlassung in seiner Person entstanden ist. Abgesehen davon, daß Schulz von den oben in § 3 abgelehnten deutsch rechtlichen Grundanschauungen ausgeht, spricht gegen ihn zunächst, daß er seinen Anspruch gegen den Untermieter entstehen läßt zu einer Zeit und auf Grund einer Tatsache, die sich nicht im geringsten aus dem Gesetz ergibt. Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs ist nämlich, daß der Haftungseintritt, die Gebrauchsüberlassung, dem Vermieter gegenüber widerrechtlich ist. In unserem Fall soll diese Widerrechtlichkeit des Eingriffs des Untermieters nun davon abhängen, ob die Gebrauchsüberlassung seitens des Mieters erlaubt oder unerlaubt war. M. E. ist es nicht angängig, in der Erlaubnis des § 549 die Tatsache zu sehen, die der Untermiete den Charakter der Widerrechtlichkeit entzieht.[2]) Die Erlaubnis oder ihr Versagen wirkt, wie schon oben erwähnt, nur zwischen Vermieter und Mieter, hat aber keinerlei direkten Einfluß auf das Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter und kann vor allem nicht die Ingebrauchnahme der Mietsache durch den Untermieter zu einer rechtmäßigen machen. Der Untermieter besitzt vielmehr auf Grund seines Untermietvertrages die Sache rechtmäßig, ganz abgesehen davon, ob eine Erlaubnis vorliegt oder nicht. Außerdem widerspricht es dem Wortlaut des Gesetzes, bei unerlaubter Untermiete schon mit der Gebrauchsüberlassung eine Verpflichtung des Untermieters enstehen zu lassen.

Ferner spricht gegen Schulz, daß man auch bei Annahme seiner germanistischen Anschauung von der Schuld zu einer Konstruktion des Anspruchs aus § 556 III nach dem Gesetzessinn nicht kommen kann. Schulz geht von der Voraussetzung aus, daß die Haftung auf der Sache bleibe, auch wenn sie sich nicht mehr im Vermögen des Haftenden befinde. Er gestaltet das Befriedigungsrecht des Gläubigers also zu einem dinglichen und erklärt aus seiner Verletzung dann den Anspruch aus § 556 III. Für diese Annahme einer auf der Sache ruhenden Haftung ergibt sich aber kein Anhaltspunkt aus dem Gesetze. In der Regel werden doch die

1) S. 448 ff.;
2) S. 300.

der Haftung unterworfenen Vermögensstücke des Schuldners frei, sobald sie sich nicht mehr in seinem Vermögen befinden. Das Gesetz spricht nun in Abs. 3 nicht von einer Haftung des Untermieters, sondern von einer Forderungsberechtigung des Vermieters bezw. von einer Verpflichtung des Untermieters. Man könnte höchstens aus diesem von dem Gesetze konstatierten Anspruche gegen den Untermieter auf eine derartige Sachhaftung schließen, aber dann kann man unmöglich wieder aus dieser dinglichen Haftung die Natur des Anspruchs aus § 556 III erklären. Es würde sich damit ein circulus vitiosus ergeben.

Daß § 556 III kein besonderes Recht auf den Eingriffserwerb ist, zeigt ein Vergleich mit einem ähnlich gelagerten Fall. Hat der Mieter die Sache einem Dritten zur Verwahrung gegeben, so kann, wie schon oben dargelegt, der Vermieter nicht die Sache auf Grund des § 556 III herausverlangen, da es sich nicht um eine Gebrauchsüberlassung handelt.[1]) Nun ist aber doch auch in diesem Falle ebenso ein Eingriff in das Befriedigungsrecht des Vermieters durch die Inbesitznahme des Verwahrers erfolgt, wie wenn der Verwahrer Untermieter gewesen wäre. Widerrechtlich ist die Handlung ebenfalls — nach Schulz — gewesen, da eine Erlaubnis des Vermieters nicht vorgelegen hat, und trotzdem ist ein Anspruch gegen den Verwahrer nach § 556 III nicht gegeben. Auch dieses deutet daraufhin, daß die Schulz'sche Konstruktion mit Wortlaut und Sinn des § 556 nicht in Einklang zu bringen ist.

Wir kommen also zu dem Schluß, daß keine von den Theorien, die den Anspruch gegen den Untermieter als einen selbständig entstandenen ansehen, zu einem befriedigenden Ergebnis führt und lehnen daher ihre Anwendung auf den § 556 III BGB. ab.

§ 8

Die vertragliche Konstruktion des Anspruchs.

Eine Reihe von Schriftstellern versucht nun den Anspruch des § 556 III als einen aus dem Hauptmietvertrage sich ergebenden Anspruch zu konstruieren und kann sich dabei auf die Denkschrift[2]) berufen, wonach der Vermieter nach Beendigung des Mietvertrages „aus seinem Vertrage" einen unmittelbaren Anspruch auch gegen den Untermieter hat. Auch aus den Protokollen[3]), wonach der Anspruch gegen den Dritten wohl zu scheiden sei, von petitorischen Ansprüchen ergibt sich ein Argument für die vertragsmäßige Natur des Anspruchs aus § 556 III. Daß der Anspruch gegen den Dritten in dem Hauptmietvertrage seinen Grund haben sollte, erhellt auch aus der Tatsache, daß in der Kommission der Antrag gestellt wurde, das gegen den Mieter ergangene Urteil auch gegen den Untermieter gelten zu lassen. Einen derartigen Antrag konnte man aber nur dann

1) Anders freilich Schulz S. 301, der für den Begriff der Gebrauchsüberlassung keine Grenzen mehr kennt.
2) S. 71.
3) II., S. 190.

stellen, wenn man den vertraglichen Anspruch gegen den Mieter mit dem gegen den Untermieter als einen innerlich gleichen ansah.[1])

Diese Auffassung wird, wie schon oben erwähnt, bestätigt durch die Fassung des § 556 I und III, wo die Verbindung der beiden Ansprüche durch das Wörtchen „auch" auf ihre Gleichartigkeit und damit auf ihre Vertragsnatur hinweist. Fraglich ist es, ob man die Vorschriften des Mieterschutz-Gesetzes als Beweis dafür heranziehen darf, daß der Anspruch aus § 556 III ein vertragsmäßiger ist. Das würde der Fall sein, wenn auch auf das Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter der Mieterschutz des § 27 Mieterschutz-Gesetzes anzuwenden wäre, so daß man hieraus auf das Vorliegen vertragsmäßiger Beziehungen zwischen beiden schließen könnte. Das OLG. Köln[2]) bejaht diese Frage, indem es ausführt, daß auch in diesen Fällen der Hauptmietvertrag, nicht etwa das Eigentum die Hauptgrundlage des klägerischen Anspruchs bilde, und daß aus billigen Erwägungen heraus bei der herrschenden Wohnungsnot auch der Untermieter geschützt werden müsse. Dagegen wendet sich mit Recht das Reichsgericht.[3]) Es erklärt, daß Mieterschutz nur dann gewährt wird, wenn ihm ein Mietverhältnis zu Grunde liegt. Dies sei der Fall beim Vermieter und Mieter einerseits und Mieter und Untermieter andererseits. Eine Tendenz, den Mieterschutz hierüber hinaus auf das Verhältnis zwischen Untermieter und Vermieter auszudehnen, kenne das Gesetz nicht.[4])

Wenn aber das Reichsgericht erklärt, daß durch § 556 III ein Vertrag oder gar ein Mietverhältnis nicht begründet werde, so ist das wohl doch nur in dem Sinne auszulegen, daß die Bestimmung nicht als eine mietvertragliche Vereinbarung der Parteien anzusehen ist. Dies hindert jedoch nicht, anzunehmen, daß der Anspruch insofern als ein vertragsmäßiger zu gelten hat, als er im Sinne der Denkschrift aus dem Hauptmietvertrage entspringt; und so heißt es auch in der Entscheidung weiter, daß die aus § 556 III sich ergebenden Beziehungen zwischen Vermieter und Untermieter eine Erweiterung des Herausgabeanspruchs des Vermieters gegen den Hauptmieter bedeuten.

Zu einem vertragsmäßigen Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter könnte man bei erlaubter Untervermietung dadurch kommen, daß man in der Erlaubnis des § 549 des Vermieters einen Beitritt als Nebenpartei zu dem Untermietsvertrage erblickt.[5]) Eine derartige Auffassung steht aber im scharfen Gegensatz zum Wesen der Erlaubnis, die

---

1) Romeick S. 21.
2) E. A. S. 356; Hertel III S. 177; Ebel-Lilienthal S. 192.
3) 110. Bd. S. 124 ff.
4) Bestätigung der Ansicht des RG. durch die Verhandlung im Wohnungsausschuß des Reichstags. (Bericht des Wohnungsausschusses Reichstagsdrucksachen III 1924/5 Nr. 2371 S. 27);
5) So Cosack in der früheren 3. Aufl. § 70, 1 S. 233. Aehnlich LG. Köln, J. W. 1925, S. 1926, das behauptet, die Erlaubnis habe einen vertragsähnlichen Charakter und damit erhalte der Anspruch aus § 556 eine vertragsähnliche Natur.

wie schon oben erwähnt, nur zwischen Vermieter und Mieter wirkt, aber kein Vermieterrecht gegen den Untermieter entstehen läßt.[1])

Eine fernere Möglichkeit bietet sich, wenn man aus den Bestimmungen des § 556 das Vorliegen einer gesetzlichen Forderungsabtretung entnimmt derart, daß mit Beendigung des Hauptmietverhältnisses die dem Mieter aus dem Untermietverhältnis zustehenden Herausgabeansprüche auf den Vermieter übergehen. Dies widerspricht aber dem Sinn und dem Zweck des § 556, der dem Vermieter einen direkten Herausgabeanspruch auch gegen den Untermieter geben will, während bei der Annahme einer Zession der Vermieter nur das Recht des Mieters geltend machen kann, also unter Umständen bis zur Beendigung des länger dauernden Untermietvertrages warten müßte, (so auch die h. M.)

Nach Dernburg[2]) ist die Klage aus § 556 wie eine Klage aus dem Mietvertrage zu behandeln, wurzelt aber in Erwägungen der Zweckmäßigkeit. Hiernach soll der Vermieteranspruch zwar ein vertragsmäßiger sein, aber wie dieser zur Entstehung kommt bleibt völlig unklar. Klarheit darüber kann auch Planck[3]) nicht schaffen, wenn er ein gesetzliches Gesamtschuldverhältnis annimmt; denn hierdurch ist noch nicht dargetan, in welcher Beziehung das durch Gesetz entstandene Gesamtschuldverhältnis zum Hauptvertrage steht. Die Frage lautet doch: Wie kann man den gesetzlich festgestellten Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter als einen solchen aus dem Hauptmietvertrage konstruktiv bestimmen? Denn konstruieren heißt, die Einzelerscheinung auf Prinzipien zurückzuführen.

Die Antwort versucht nun zunächst Schneider[4]) zu geben. Er geht davon aus, daß der Mieter bei Abschluß des Untermietvertrages den Vermieter in Ansehung der dem Untermieter gegen letzteren obliegenden Rückgabepflicht repräsentiert, indem man entweder die erforderliche Vollmacht des Vermieters stillschweigend unterstellt oder die Genehmigung des vom Mieter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages in der späteren Klageerhebung seitens des Vermieters sieht. Mit anderen Worten: Der Vermieter, vertreten durch den Mieter, schließt einen Vertrag mit dem Untermieter, wodurch dieser sich verpflichtet, bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses die ihm zum Gebrauch überlassene Sache an den Vermieter herauszugeben. Da der Untermieter mit dem Vermieter nachträglich einen mit dem Hauptmietvertrage gleichlautenden Vertrag auf die gleiche Leistung, nämlich die Rückgabe der Sache schließt, so haben wir es bei Schneider mit einem gläubigervertraglichen nachträglichen Schuldbeitritt zu tun.[5])

Es ist nun außerordentlich gekünstelt, den Mieter als Bevollmächtigten des Vermieters bei Abschluß des Untermietvertrages anzusehen.

1) Dernburg, Bürgerl. Recht, 2. Bd., S. 168.
2) 2. Bd. S. 168.
3) 4. Aufl. zu § 556; Goldmann-Lilienthal, S. 567.
4) S. 93.
5) So Reichel, der aber statt des von Westerkamp in seinem Buche „Bürgschaft und Schuldbeitritt" geprägten Ausdrucks „Schuldbeitritt" den Namen „Schuldmitübernahme" wählt.

Eine stillschweigende Vollmacht läßt sich weder aus dem Sinn des Gesetzes entnehmen, noch entspricht sie den Parteiintentionen, zumal der Vermieter sehr häufig überhaupt gar nicht weiß, daß sein Mieter die Sache in Untermiete gegeben hat. Etwa eine gesetzliche Vertretungsmacht des Mieters für den Vermieter in § 556 hineinzulegen, ist durchaus abwegig.

Auch wenn man in der Klageerhebung des Vermieters eine Genehmigung des zwischen Mieter und Untermieter geschlossenen Vertrages au, Rückgabe der Sache nach § 177 erblicken sollte, so scheitert dies daranf daß der vollmachtlose Mieter unbedingt im Namen des Vermieters aufgetreten sein muß, was wohl nie vorkommen dürfte. Vielmehr wird in der Mehrzahl der Fälle der Untermieter den Vermieter überhaupt nicht kennen. Die Konstruktion Schneiders ist daher, da sie zu einem befriedigenden Ergebnis nicht führt, abzulehnen.

Oertmann [1]) seinerseits geht davon aus, daß durch einen gesetzlichen Schuldbeitritt bei Abschluß des Untermietvertrages die Rückgabepflicht des Untermieters gegenüber dem Vermieter begründet werde. Es trete also der Untermieter mit Abschluß seines Vertrages und der daraufhin erfolgten Gebrauchsüberlassung kraft gesetzlicher notwendiger Schuldübernahme in die Verpflichtung seines Vermieters aus § 556 zur demnächstigen Rückgabe der Mietsache ohne weiteres ein nicht an Stelle des, aber neben dem ursprünglich Verpflichteten. Die Folge dieses Schuldbeitritts sei die gesamtschuldnerische Haftung des Untermieters mit dem Mieter auf Herausgabe der Sache.

Wenn nun ein Schuldbeitritt vorliegen soll, so ist es erforderlich, daß die neue Schuld, also die des Untermieters, dieselbe Vertragsgrundlage hat wie die Schuld des Urschuldners, also des Mieters. Denn das Wesen des Schuldbeitritts besteht doch darin, daß der neue Schuldner, der Dritte, als Selbstschuldner in den Vertrag des Urschuldners eintritt, seiner Schuld also dieselbe causa zugrundeliegt wie der des Urschuldners. Dadurch daß nun in unserem Falle das Gesetz und nicht der Parteiwille das Hinzutreten einer neuen gleichartigen Schuld zu dem Urschuldverhältnis feststellt, wird nicht ausgeschlossen, daß die neue nicht etwa auf derselben Vertragsgrundlage beruht wie die alte. Denn das Gesetz ist nicht die causa für die neue Schuld selbst, sondern nur die causa für das Entstehen des Schuldbeitritts. [2])

Normiert denn nun das Gesetz in § 556 tatsächlich einen Schuldbeitritt? Aus dem Wortlaut des Paragraphen ist nichts zu entnehmen. Reichel [3]) begründet nun den Standpunkt Oertmanns damit, daß es der Sachlage entspräche, daß der, der von einem nur auf Zeit Berechtigten ermietet, von vornherein sub clausula rebus sic stantibus abschließt oder doch

---

1) Zu § 556 S. 578; Reichel S. 113; Schollmeyer S. 66; Rosin S. 79; Crome, System, S. 552 ff; Matthias § 115 F 1, der aber insofern inkonsequent ist, als er auf S. 171 die Klage aus § 556 III als eine actio in rem scripta bezeichnet.
2) Reichel S. 112.
3) S. 112 ff.

abschließen sollte, unter der Bedingung nämlich, daß sein abgeleitetes Benutzungsrecht mit eben demselben Moment seine Endschaft erreicht wie das seines Autors.

Es ist nun nicht einzusehen, warum ein derartiger Schuldbeitritt gerade der Sachlage entsprechen soll. Vom Standpunkt des Untermieters, der Verwendungsansprüche gegen seinen Mieter hat oder auf Grund seines Untermietvertrages noch länger die Sache zu besitzen berechtigt ist, ist gerade das Gegenteil der Fall. Der Untermieter empfindet es als eine Härte, daß er den Gebrauch der Sache entbehren muß.

Gegen die Oertmann'sche Ansicht wendet sich in erster Linie Romeick [1]) mit dem Bemerken, daß man bei tatsächlicher Annahme eines Schuldbeitritts den Umfang und den Inhalt der Schuld bestimmen müsse, in die der Untermieter eintrete. Das Gesetz biete nicht den geringsten Anhaltspunkt hierfür, denn die Rückgabeverpflichtung des Mieters sei nicht ein mit klarem und sicherem Schnitt von den anderweiten Verpflichtungen und Berechtigungen des Mieters trennbare Teil der Mietobligation. Dies Argument Romeicks ist aber nicht stichhaltig.

Das ergibt sich bereits aus seiner eigenen Theorie von der abgeleiteten Schuld, die er in schroffem Gegensatz zu der Theorie Oertmanns stellt. Den gesamten Inhalt und Umfang dieser originären Schuld entnimmt Romeick aus dem Urschuldverhältnis, aus dem Hauptmietvertrage. Man muß daher Oertmann recht geben, wenn er in dieser Beziehung die Romeick'sche Theorie als der seinigen sehr nahestehend betrachtet. Der Unterschied besteht nur darin, daß beim Schuldbeitritt die Vertragsgrundlage der Mieter- und Untermieterschuld dieselbe ist, während bei der abgeleiteten Schuld die Untermietsverpflichtung originär entsteht, also auf Gesetz beruht.

Es muß also gegen Romeick gesagt werden, daß die Möglichkeit der Ausgestaltung der Verpflichtung des Untermieters sich aus den allgemeinen Bestimmungen über das Gesamtschuldverhältnis [2]) und die Regeln über den Schuldbeitritt ergibt. Zwar kennt das BGB. keine besonderen Vorschriften über den Schuldbeitritt, aber es lassen sich Rechtsregeln aus der nahe verwandten Schuldübernahme des § 417 ableiten. [3]) Hiernach übernimmt der neue Schuldner die Schuld in dem Zustande, in welchem sie sich im Zeitpunkte der Uebernahme befindet. Von da ab lebt sie aber als eigene in der Person des Beigetretenen weiter und wird nicht berührt von den Veränderungen in dem Urschuldverhältnis, falls sich nicht ein solches Ueberwirken aus den Vorschriften über das Gesamtschuldverhältnis, z. B. durch die Leistung des einen Gesamtschuldners § 422, ergibt. Der Untermieter übernimmt also mit der Gebrauchsüberlassung die Pflicht zur Zurückgabe lediglich der ihm überlassenen Sache, nicht etwa wie Romeick (Seite 25) und Zabel (Seite 65) anzunehmen scheinten, die Haftung für solche Schäden, die der Mieter bisher

1) S. 18 ff. so wie Rappaport S. 220; Schneider S. 87; Morgenroth S. 27.
2) §§ 420—432
3) Vergl. Reichel S. 357.

an der Sache verursacht hat. Von diesem Zeitpunkt an aber muß jeder der Schuldner für die durch seinen Verzug, seine verschuldete Unmöglichkeit, seine positive Vertragsverletzung entstandene Veränderung der Schuld selbst haften. Es ist also nicht richtig, wenn Romeick und Rappaport annehmen, daß der besitzende Untermieter nach Oertmann für die durch den Mieter verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache hafte. Für diese Haftung kommt nur der Mieter in Betracht. [1])
Wenn aber Oertmann [2]) den § 325 ZPO., auf Grund dessen er die Rechtskraft des gegen den Mieter ergangenen Urteils auch auf den während des Streites in den Besitz der Mietsache gekommenen Untermieters erstrecken will, heranzieht, so ist das nach den Regeln der Schuldübernahme nicht angängig, denn der § 325 ZPO. spricht von einer Rechtsnachfolge, während bei dem Schuldbeitritt zunächst einmal von einer Nachfolge gar keine Rede sein kann, da der neue Schuldner in das alte Schuldverhältnis ja nicht sukzediert, sondern zu diesem hinzutritt. Dann aber ist Schuldnachfolge keine Rechtsnachfolge. [3])

Wenn wir nun im Gegensatz zu Romeick festgestellt haben, daß bei der Annahme eines Schuldbeitritts eine Bestimmung der übernommenen Schuld nach den allgemeinen Regeln des BGB. sehr gut möglich ist, so fragt es sich doch, ob eine derartige Lösung mit dem Zweck und dem Sinn des § 556 vereinbar ist. Nach Oertmann kommt die Verpflichtung zur Rückgabe auf seiten des Untermieters im Augenblicke der Gebrauchsüberlassung zur Entstehung, weil ja in der Gebrauchsüberlassung der gesetzliche Schuldbeitritt gesehen wird. Fällig wird die Forderung mit Beendigung des Hauptmietvertrages. Hieraus folgt, daß der Untermieter auch sofort eine Haftung für verschuldete Pflichtverletzung übernimmt. Oertmann will nun die Haftung des Untermieters dadurch mildern, daß, wenn der Untermieter vor Beendigung des Hauptmietvertrages die Sache zurückgibt, er von seiner Verpflichtung frei wird, da die Gebrauchsüberlassung im Sinne von § 556 rückgängig gemacht sei. In diesem Falle würde für vertragswidrige Verschlechterungen der Sache seitens des Untermieters dem Vermieter nur der Mieter, der ja für seinen Untermieter nach § 549 einzustehen hat, haften. Wie aber, wenn der Untermieter auf Grund seines Untermietvertrages dem Mieter gegenüber auch nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses zu weitgehendsten Gebrauche und Abnutzung berechtigt ist? Muß er trotz seiner vertragsmäßigen Benutzung, die aber im Widerspruch zu dem Hauptvertrage steht, dem Vermieter Ersatz für den durch die Abnutzung entstandenen Schaden leisten, auch für die Zeit vor der Beendigung des Hauptmietvertrages? Nach Oertmanns Theorie muß dies der Fall sein. Es ist aber ein äußerst unbilliges Ergebnis, dem Untermieter, der sich auf Grund seines Untermietvertrages für vollkommen berechtigt hielt, aus einem Vertrage haften zu lassen, den er unter Umständen nicht

1) Reichel S. 417 ff.
2) Ebenso Matthiass § 115 F. 1; Rosin S. 77; Borchert S. 140.
3) So Romeick S. 27; Planck zu § 556 S. 842.

kennt. Der Zweck des § 556 rechtfertigt eine derartige Haftung in keiner Weise. Das Gesetz will dem Vermieter lediglich die Rückgabe von der Beendigung des Hauptmietvertrages an sichern, sodaß sich auch nur von diesem Zeitpunkte an eine Haftung des Untermieters rechtfertigen läßt. Infolgedessen muß die Theorie des Schuldbeitritts, als mit dem Zweck des § 556 nicht in Einklang stehend, abgelehnt werden. [1])

Nissen [2]) bringt ferner gegen Oertmann vor, daß seine Konstruktion im Widerspruch mit dem Parteiwillen stände. Es läge dem Untermieter einerseits durchaus fern, die Verpflichtung des Mieters auch nur zu einem Teil zu übernehmen, andererseits dächte der Mieter nicht daran, seine Verpflichtung gegenüber dem Vermieter zu übertragen. Dieser Wille fehle erst recht, wenn der Untermieter von dem Bestande und dem Inhalt des Hauptmietvertrages keine Kenntnis habe. Hiergegen wendet nun Reichel [3]) mit Recht ein, daß es sich um einen gesetzlichen Beitritt handele, der ohne den Willen der beteiligten Parteien an einen bestimmten Tatbestand angeknüpft werde. Das Fehlen des Willens habe daher auf das Zustandekommen des Schuldbeitritts keinen Einfluß.

Eine Rolle spielt das Vorhandensein des Willens m. E. aber für die Frage, ob nun in § 556 tatsächlich ein solcher Schuldbeitritt zu sehen ist. Oertmann [4]) stellt den § 556 in Parallele mit der Vermögensübernahme des § 419. Aus diesem Gedankengang folgt, daß hier wie dort der Dritte mit der Vermögensleistung auch für die Schuld des anderen haftet, und da § 419 allgemein als gesetzlicher Schuldbeitritt angesehen wird, so muß auch in § 556 ein solcher als gegeben erachtet werden. Die legislativen Erwägungen für die beiden Paragraphen sind aber vollkommen verschieden. Bei der Vermögensübernahme entspricht es dem Parteiwillen in den meisten Fällen, daß mit den Aktiven auch die Passiven übernommen werden sollen. Mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung beruhte im gemeinen Recht die Haftung des Vermögensübernehmers lediglich auf diesem Schuldübernahmewillen. Dieser Tatbestand wurde durch das Gesetz bei der Schaffung des § 419 zugrundegelegt. Anders bei § 556. Hier denkt der Untermieter nicht daran, die Rückgabeverpflichtung zu übernehmen, vielmehr statuiert hier das Gesetz den § 556 III als Ersatz für den Besitzanspruch des gemeinen Rechts. Infolgedessen spricht das Fehlen des Willens doch dagegen, daß das Gesetz in § 556 ebenso wie in § 419 einen gesetzlichen Schuldbeitritt feststellen wollte. Auch insoweit ist ein Vergleich des § 419 mit § 556 hinkend, als im § 419 und den übrigen Fällen eines gesetzlichen Schuldbeitritts, z. B. § 2382 BGB. und § 25 HGB., die Folge immer nur an den Uebergang eines Vermögens geknüpft wird, während es sich in § 556 um ein einzelnes

---

1) Aehnlich Nissen S. 202 ff;

2) S 202; Chary S. 26; Schneider S. 78; Morgenroth S. 27;

3) S. 112.

4) Zu § 556, 3a. Reichel zählt unter den Einzelfällen des gesetzlichen Schuldbeitritts neben § 419 auch § 556 auf (S. 93 und 112);

Vermögensstück handelt.[1]) In Zusammenhang hiermit ist es auch von Bedeutung, daß im Gegensatz zu § 419 nicht die Gesamtverpflichtungen aus dem Mietvertrag übergehen, vor allen nicht die Mietzinsschuld, sondern gerade nur die eine Rückgabeverpflichtung. Da in allen Fällen der gesetzlichen Schuldübernahme auch die gesamte Schuld mit dem Vermögen übernommen wird, so muß die singuläre Erstreckung der Rückgabeverpflichtung des Mieters auf den Untermieter in § 556 dahin gedeutet werden, daß es sich um eine gesetzliche Schuldübernahme nicht handeln kann.[2])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Gruppe der Schriftsteller, die den Anspruch als einen aus dem Mietvertrage entsprungenen erklärt, mit ihrem Konstruktionsversuch scheitert. Unbrauchbar ist die Konstruktion Schneiders, da sie dem Gesetze, das keine Vollmacht des Mieters für den Vermieter kennt, widerspricht und zu keinem praktischen Ergebnis führt. Mit der Oertmann'schen Theorie ließe sich zwar der Anspruch aus § 556 erklären, sie findet aber keinen Anhaltspunkt in dem Gesetze selbst und verstößt in manchen Punkten gegen den Zweck des Paragraphen. Infolgedessen müssen wir die Konstruktionen, die auf eine derartige Weise den Anspruch zu einem vertragsmäßigen machen wollen, um damit der Denkschrift gerecht zu werden, als mißlungen betrachten.

§ 9

Die mehrwirksame Vertragsschuld.

Den richtigen Weg weist uns Endemann,[3]) wenn er den Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auch auf den Untermieter ausgedehnt wissen will und diese Erscheinung damit erklärt, daß hier eine Annäherung zwischen dinglichem und obligatorischem Recht stattfände.[4]) Aehnliches will wohl Warneyer sagen, wenn er den Anspruch gegen den Untermieter als aus dem Hauptmietvertrage entsprungen ansieht. Nun kann aber die Erklärung Endemanns für die Erstreckung des Vermieteranspruchs auf den Untermieter keine volle Befriedigung geben. Worin liegt denn nun die Annäherung zwischen dem dinglichen und dem obligatorischen Recht, aus der der neue Anspruch erzeugt werden soll? Wird etwa das Vermieterrecht durch den Anspruch aus § 556 III zu einem allwirksamen und hierdurch aus einem obligatorischen in ein dingliches Recht verwandelt, da das Kriterium der Dinglichkeit die Wirkung gegen jeden Dritten ist?

Die Antwort hierauf muß lauten: Das Forderungsrecht des Vermieters ist nicht allwirksam und daher auch nicht dinglich, sondern richtet sich nur gegen den Mieter und den, dem die Sache vom Mieter zum

1) Dies gibt Reichel selbst zu, indem er S. 97 sagt: de lege lata ist vollends abzulehnen die Erwartung, es könne eine gesetzliche Mitübernahme da angenommen werden, wo nur die Uebertragung eines individuellen Gegenstandes erfolgt ist.

2) Auch Siber S. 240 Anm. 2;

3) 1. Bd. 9. Aufl. S. 572;

4) Warneyer, 1. Bd. 1923 § 556 III; Borchert S. 14 d; ähnlich RGRK. zu § 556 III; Riendorff S. 292; Mittelstein S. 453; Enneccerus § 351 III.

Gebrauch überlassen worden ist, nicht aber gegen alle übrigen Dritten. Das Gleiche gilt für die Leihe in § 604.

Wir haben es also hier mit einer Schuld aus einem Vertrage zu tun, der durch Gesetz auch inhaltlich eine Wirkung gegen einen bestimmten Dritten in der Weise beigelegt worden ist, daß auch der Dritte zu leisten hat, also mit einer „mehrwirksamen Vertragsschuld". Daß das Gesetz mit seinen Vorschriften in § 556 III und § 604 IV tatsächlich eine Mehrwirksamkeit der Vertragsschuld festsetzen wollte, zeigt ein Vergleich mit den §§ 985, 1632. In diesen Paragraphen wird zum Ausdruck gebracht, in welcher Weise die Allwirksamkeit eines Rechtes gegen störende Dritte in Erscheinung tritt. So heißt es in § 985: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen" und in § 1632: „Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält." In beiden Fällen entspringt also aus dem Recht des Klägers ein neuer Anspruch gegen jeden, der sich mit diesem Recht in Widerspruch gesetzt hat.

Nun unterscheidet sich der Anspruch des Vermieters aus § 556 von dem des Eigentümers aus § 985 grundsätzlich dadurch, daß jener nur gegen mehrere beteiligte Dritte, dieser dagegen gegen alle Dritte geltend gemacht werden kann. Im Rahmen dieser Einschränkung ist die Sachlage im § 556 und 604 ähnlich wie bei § 985. Da der Pflicht des Mieters, die Sache nach Beendigung des Mietvertrages zurückzugeben, auch gleichzeitig ein Rückforderungsrecht des Vermieters entspricht, so können wir den Wortlaut des § 556 I ungezwungen dahin ändern, daß der Vermieter nach Beendigung des Mietvertrages berechtigt ist, die Sache vom Mieter herauszuverlangen. Hat der Mieter nach Absatz 3 die Sache einem anderen überlassen, so kann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sache auch von dem Dritten zurückfordern. Ebenso verhält es sich mit § 604 I und IV. Die Aehnlichkeit der §§ 556 und 604 mit den §§ 985 und 1632 abgesehen von dem Umfang des Personenkreises gegen den sich die Ansprüche richten, fällt sofort in die Augen. Hier wie dort steht dem Berechtigten ein Herausgabeanspruch gegen den Dritten, der das Recht in irgend einer Weise beeinträchtigt, zu. Daß es sich in § 556 III und § 604 IV bei dem Anspruch gegen den Dritten um denselben handelt, den der Vermieter in § 556 I schon gegenüber dem Mieter hat und nicht um einen neuen, ganz andersartigen, geht, wie schon oben erwähnt, aus der ganzen Fassung des § 556 und aus der Verbindung des Anspruchs aus § 556 I gegen den Mieter und dem aus § 556 III gegen den Untermieter durch das Wörtchen „auch" deutlich hervor. In beiden Fällen ist aber zur Entstehung des Anspruchs notwendig, daß das Recht von dem Dritten in irgendeiner Weise beeinträchtigt sein muß.

In § 985 liegt nun diese Beeinträchtigung in dem Besitz der Sache, den der Dritte dem Eigentümer entzieht, in § 1632 in der Vorenthaltung des Kindes, und in §§ 556 und 604 in der Tatsache, daß der Dritte durch die an ihn erfolgte Gebrauchsüberlassung der Sache dem eigentlich

verpflichteten Mieter die Erfüllung seiner durch Beendigung des Mietvertrags fällig gewordenen Verpflichtung unmöglich macht und dadurch das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner zwar nicht zerstört, wohl aber dessen Verwirklichung beeinflußt. Wenn auch im allgemeinen das Gesetz gegen den Dritten, der das Forderungsrecht als solches oder eines seiner Substrate, nämlich den Leistungsgegenstand oder die Person des Schuldverhältnisses verletzt, keinen Anspruch gibt und damit die Mehrwirksamkeit des Schuldverhältnisses ablehnt, so hat es doch in diesem Falle die Verletzbarkeit des Schuldverhältnisses durch Dritte dadurch anerkannt, daß es in § 556 III einen Anspruch gegen den dritten Störer genau so wie § 985 und § 1632 gab.

Auch der Zweck, den das Gesetz mit den Vorschriften des § 985 und § 1632 verbindet, stimmt mit dem des §§ 556 und 604 überein. Die Ansprüche, die bei Verletzung allwirksamer Rechte gegen den dritten Störer gegeben werden, gehen alle auf eine Wiederherstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, also auf Wiedergutmachung. Ihr Inhalt bestimmt sich also nach dem verletzten Recht. Ebenso bezweckt aber auch der in § 556 III gegen den Untermieter gegebene Anspruch die durch die Weggabe der Sache entstandene Gefährdung des Forderungsrechts des Vermieters wieder auszugleichen und zu einer Befriedigung des gläubigerischen Interesses zu führen in dem Umfange, wie es ihm gegen den Mieter zusteht. Eine Wiederherstellung des alten Zustandes wie beim Eigentumsrecht des § 985 kann deswegen nicht in Betracht kommen, weil das Forderungsrecht kein Zustandsrecht, sondern ein zielstrebiges ist, das auf die Erreichung eines Erfolges geht.

Wenn man also bei dem durch § 985 geschützten Eigentumsrechte und dem durch § 1632 geschützten Rechte des Vaters von einem allwirksamen spricht, so muß man das Forderungsrecht des § 556 als ein mehrwirksames ansehen, denn das Vermieterrecht wirkt hiernach mehr als gegen einen, aber nicht gegen alle.

Das vertragsmäßige Schuldband zwischen Vermieter und Mieter, das die Rückgabepflicht des Mieters nach Beendigung des Mietverhältnisses zum Inhalt hat, erzeugt demnach einen neuen Anspruch mit dem gleichen Inhalt auch gegen den Dritten, der die Sache bei der Beendigung des Hauptmietverhältnisses im Gebrauche hat und dadurch die Erfüllung seitens des Mieters unmöglich macht. Der Anspruch gegen den Dritten entsteht also in dem Augenblick der Störung, die dann gegeben ist, wenn der Rückgabeanspruch des Vermieters gegen den Mieter durch die Beendigung des Mietvertrages fällig wird und wegen der Gebrauchsüberlassung an den Dritten nicht erfüllt werden kann. Die beiden Ansprüche gegen den Mieter und Untermieter stehen in einem Gesamtschuldverhältnis zueinander, da zwar jeder zur Leistung verpflichtet ist, aber nur einmal geleistet zu werden braucht. Die Ursache für die Entstehung dieses Gesamtschuldverhältnisses ist also nicht eine Schuldübernahme oder eine selbständig abgeleitete Schuld, sondern einzig und allein die Tatsache, daß das Gesetz in § 556 III dem Forderungsrecht

des Vermieters gegen den Mieter eine Wirkung gegen bestimmte dritte Störer gegeben hat. Wie alle allwirksamen Rechte auf Herstellung des früheren Zustandes gehen, so muß sich auch das Recht gegen den Untermieter seinem Umfang und Inhalt nach nach dem Rechte des Vermieters gegen den Mieter bestimmen, da ja dieses verletzte Vermieterrecht auch vom Untermieter wiederhergestellt, d. h. befriedigt werden soll.

Eine derartige Konstruktion läßt den Anspruch genau so, wie es die Denkschrift (S. 71) sagt, aus dem Vertrag entstehen. Sie paßt sich dem Wortlaut der §§ 556 und 604 in natürlicher Weise an und legt in den Sinn dieser Paragraphen nicht mehr hinein, als sich aus ihnen ergibt. Mit dem Zweck des § 556 stimmt die mehrwirksame Schuld vollkommen überein. § 556 will eine Sicherung des Gläubiger, die unter allen Umständen zur Befriedigung seines ursprünglichen Interesses führen soll. Dies ist bei unserer Lehre der Fall, da bei ihr der Anspruch nur aus der Verletzung des Rechtes entsteht und auf Wiedergutmachung, also Befriedigung des gläubigerischen Interesses geht. Aus diesem Grunde ist es auch möglich, die Frage zu klären, ob der Vermieter gegen den Untermieter einen Anspruch hat, obwohl er bei Beendigung des Mietverhältnisses dem Mieter die Rückgabe der Mietsache gestundet hat. Sämtliche anderen Theorien, die den Anspruch gegen den Untermieter nach seiner Entstehung unabhängig vom Hauptanspruch weiterleben lassen, müssen zur Bejahung eines solchen Anspruches kommen und gehen damit über den Zweck des § 556 hinaus, der dem Vermieter doch nur eine Sicherung und einen Ersatz für Gefährdung des Hauptanspruches geben will.

Nach unserer Theorie dagegen kann der neue Anspruch trotz der Beendigung des Hauptmietverhältnisses ausnahmsweise nicht zur Entstehung kommen, da ja in Wahrheit wegen der Hinausschiebung der Fälligkeit des Vermieteranspruchs gegen die Mieter noch gar keine Störung in der Erfüllung des Anspruchs, also auch keine Beeinträchtigung des Gläubigerrechts eingetreten ist.

Die Begriffsbestimmung des § 241 läßt sich ebenfalls nicht gegen die Annahme der Mehrwirksamkeit anführen. Hier spricht das Gesetz von den bestimmten Beziehungen zwischen Gläubigern und Schuldnern, was aber nicht hindert, in einzelnen Fällen dem grundsätzlich relativen Forderungsrecht durch positive Gesetzesvorschrift eine neue Wirkung auch gegen einzelne Dritte zu geben. [1])

§ 10

Umfang und Inhalt des Anspruchs aus der mehrwirksamen Vertragsschuld nach §§ 556 III und 604 IV.

Der Umfang und der Inhalt des Anspruchs aus der mehrwirksamen Schuld aus §§ 556 III und 604 IV bestimmt sich im Augenblicke seiner Entstehung nach dem Hauptvertrage, da ja der Dritte das gläubigerische Interesse aus dem Hauptvertrage, dessen Erfüllung er durch den Gebrauch

1) **Matthiass** § 72 S. 171.

der Sache unmöglich macht, befriedigen soll. Von da ab lebt der Anspruch, der mit dem Hauptanspruch in einem Gesamtschuldverhältnisse steht, selbständig weiter nach den Regeln des Gesamtschuldverhältnisses [1]), soweit sich nicht aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis [2]) — das ist in unserem Fall die mehrwirksame Vertragsschuld — etwas anderes ergibt. Nach § 425 BGB. hat jeder Gesamtschuldner für sein Verschulden in bezug auf die Gesamtschuldverpflichtung allein einzustehen. Der Dritte haftet also vom Zeitpunkt der Entstehung der Rückgabepflicht an. Dieser ist dann gegeben, wenn nach Beendigung des Hauptmietvertrages der Dritte durch den Gebrauch der ihm überlassenen Sache die Erfüllung des Hauptschuldverhältnisses unmöglich macht und es dadurch stört. Aber der Anspruch kommt dann nicht zur Entstehung, wenn der Dritte vor der Beendigung des Hauptvertrages die ihm überlassene Sache wieder zurückgibt, oder wenn der Vermieter oder Verleiher seinem Vertragsgegner die Rückgabe stundet. Denn in diesem Falle liegt überhaupt keine Störung des Schuldverhältnisses vor, so daß der Gläubiger des Anspruches aus § 556 III und § 604 IV nicht bedarf. Vor der Entstehung des Anspruchs gegen den Dritten haftet der Mieter oder Leiher für die Rückgabe allein und hat für das Verschulden des Dritten nach § 549 III BGB. wie ein Geschäftsherr für seinen Erfüllungsgehilfen einzustehen. Nach der Entstehung des Anspruchs hatte der Dritte in Bezug auf die ihm zum Gebrauch übergebene Sache für die verschuldete Unmöglichkeit der Rückgabe dem Vermieter oder Verleiher Schadenersatz zu leisten. Nicht zur Last fallen ihm die die Sache beeinflussenden Handlungen des Mieters oder Leihers vorher, da ihn ja lediglich die Rückgabepflicht für das ihm zum Gebrauch Überlassene trifft. Ebenso wenig berührt ihn ein Verschulden seines Vertragsgegners hinterher, da ja nach § 425 jeder für sich einzustehen hat, und aus dem Gedanken der mehrwirksamen Schuld sich nichts anderes ergibt.

Notwendig ist aber, daß den die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Dritten ein Verschulden trifft. Hat er also vor Beendigung des Hauptvertrags die Sache seinerseits wieder einem Anderem mit Erlaubnis des Mieters zum Gebrauch überlassen, so kann mangels einer Rückgabeverpflichtung auch noch kein Verschulden vorliegen, sodaß er sich nachher auf die schuldlose Unmöglichkeit des § 275 berufen kann. Aber auch wenn er dies nach Entstehung seiner Verpflichtung in Unkenntnis des Vorliegens des Hauptvertrags mit Erlaubnis des Mieters oder Leihers getan hat, so kann ihm kein Verschulden gegenüber dem Hauptgläubiger vorgeworfen werden, da er doch mindestens seine Vertragspflicht kennen muß, wenn man ihm Fahrlässigkeit zur Last legen will.

Der Grad des Verschuldens für den Dritten richtet sich nun aber nicht etwa nach dem zwischen dem Dritten und dem Mieter oder Leiher

1) § 420 ff;
2) § 425.

geschlossenen Vertrage, sondern nach dem Hauptvertrage, denn das verletzte Gläubigerrecht kann nur in dem durch den Hauptvertrag bestimmten Umfang wiederhergestellt werden. Auch beim Verzuge des Dritten und bei der positiven Vertragsverletzung bestimmt sich der Inhalt des Anspruchs aus dem Hauptvertrage. So kann nach § 557 der Vermieter, wenn ihm die Sache nicht zurückgegeben wird, als Entschädigung vom Mieter den vereinbarten Mietzins für die Zeit des Verzuges verlangen. Diese Zahlung des Mietzinses ist nun keine weitere, sich aus dem Hauptmietvertrage ergebende Verbindlichkeit, für die der Dritte nach dem Sinn des § 556 III nicht einzustehen hätte,[1]) sondern sie ist ein Ausfluß der aus § 556 III sich ergebenden Rückgabepflicht der Sache und lediglich eine gesetzliche Normierung des beim Verzuge aus dieser Rückgabepflicht entstehenden Schadenersatzes.[2])

Ist im Hauptschuldverhältnis für die Erfüllung dieser Ansprüche ein Erfüllungsort angegeben, so ist dieser auch maßgebend für den Anspruch gegen den Dritten. Fehlt aber eine nähere Angabe des Erfüllungsortes, der ja in unserem Falle nur bei beweglichen Sachen von Bedeutung sein kann, so kommt nicht etwa der Wohnsitz des Dritten nach § 269 BGB. in Betracht, sondern der des Hauptschuldners, da ja das Interesse des Gläubigers dahin geht, dort befriedigt zu werden, wo es ihm nach dem Vertrage zusteht.

Ausgeschlossen werden die Regeln des Gesamtschuldverhältnisses durch das der Gesamtschuld zugrundeliegende Rechtsverhältnis, nämlich durch die mehrwirksame Schuld, bei der Stundung des Hauptanspruchs und bei der Vereinigung von Schuld und Forderung, nachdem der Anspruch auch gegen den Dritten bereits entstanden ist. In diesen Fällen würden nach den Regeln des Gesamtschuldverhältnisses diese Tatsachen nur für den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie zur Entstehung kommen. Aber aus dem Wesen der mehrwirksamen Schuld ergibt sich, daß die Stundung des Hauptanspruchs auch für den Anspruch gegen den Dritten gelten muß, und daß bei dem durch die Vereinigung von Schuld und Forderung erfolgten Erlöschen der Hauptschuld auch das neuerzeugte Schuldverhältnis gegen den Dritten untergehen muß. Denn der Hauptgläubiger hat im ersten Falle kundgetan, daß er die Befriedigung seines Interesses erst später verlangt, was auch für den Dritten gelten muß, der ja nur für das Interesse des Gläubigers einsteht. Bei dem Erlöschen der Hauptschuld fällt das gläubigerische Interesse ganz fort, sodaß der Hauptgläubiger die Sache von dem Dritten nicht mehr herausverlangen kann. Hat z. B. der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache vom Vermieter erworben, so kann er, obwohl er nach § 571 die Stellung des Vermieters gegen sich selbst erlangt, wegen des sofort erfolgten Unterganges des Schuldverhältnisses den Vermieteranspruch aus § 556 III gegen seinen Untermieter nicht mehr geltend machen.

---

1) Romeick S. 30;
2) So Nissen S. 203 Ziff. 5.

§ 11

Die mehrwirksame Schuld und das Zurückbehaltungsrecht des Dritten wegen Verwendungen.

Die im Hauptvertrage festgesetzte Rückgabepflicht des Mieters und Verleihers ist nicht unbedingt, sondern hängt davon ab, ob der Mieter wegen der Verwendungen aus § 547 und der Leiher wegen der nur notwendigen Verwendungen aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 601, 681) fällige Gegenansprüche gegen den Hauptgläubiger haben, wegen deren sie ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 geltend machen können. Es fragt sich nun, ob und inwieweit dem Dritten, dem die Sache zum Gebrauch überlassen worden ist, ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen gegenüber dem Hauptgläubiger zusteht. Zunächst kommt dabei ein Zurückbehaltungrecht wegen eigener Verwendungen des Dritten in Betracht. Staudinger (zu § 556 III, 3) [1]) will dem Dritten wegen eigner Verwendungen kein Zurückbehaltungsrecht geben. Dies dürfte aber nur insoweit richtig sein, als es sich um Ansprüche aus Verwendungen handelt, die über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683) hinausgehen. Für die Ansprüche aus Geschäftsführung o. A. hat der Dritte unter allen Umständen nach § 273 II gegenüber dem Hauptgläubiger ein Zurückbehaltungsrecht. [2]) Romeick [3]) dagegen gibt dem Dritten ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner konnexen Gegenansprüche nach § 273 I, in dem Umfange, wie es dem Mieter nach § 547 gegen den Vermieter zustehen würde. Hiernach bekäme der Dritte, der die Sache vom Mieter geliehen hat, Ersatz für Verwendungen vom Vermieter, den er ohne Vorliegen des Hauptmietverhältnisses nie bekommen würde, der ihm also gar nicht zusteht. Der Vermieter seinerseits müßte, um eine Erfüllung nach dem Hauptvertrag zu erhalten, eine Gegenleistung machen, die er seinem Mieter gegenüber nicht zu machen hätte, da dieser solche Verwendungsansprüche des Unterleihers, zu deren Ersatz er nicht verpflichtet ist, ihm gegenüber nicht geltend machen kann. Außerdem kann der Dritte ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen Verwendungen aus § 273 II, nicht aber wegen fälliger Gegenansprüche aus § 273 I haben, da zwischen dem Hauptgläubiger und dem Dritten kein solches rechtliches Verhältnis besteht, aus dem die konnexen Gegenansprüche erwachsen können.

Aus diesem Grunde ist dem Dritten ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 II zu gewähren und zwar nur für solche Verwendungen, die sich aus dem Hauptvertrage ergeben (§§ 547 und 601), und von dem Dritten auch gegenüber dem Mieter (Leiher) gemäß dem zwischen den beiden abgeschlossenen Vertrage geltend gemacht werden können. Denn in diesem Falle erhält der Dritte nur das, auf das er ein Recht hat, während

---

1) So auch Mittelstein, 1. Auflage Seite 295 Anm. 14.
2) Planck, 4 Auflage § 476 II ε.
3) Seite 32; Enneccerus § 351 III, 1.

der Hauptgläubiger nur die Verwendungen zu ersetzen braucht, die er auch seinem Vertragsgegner, der von dem Dritten wegen seiner Verwendungen in Anspruch genommen werden kann, zu ersetzen haben würde.[1])

Fraglich ist ferner, ob der Dritte die fälligen Verwendungsansprüche des Mieters oder Leihers durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 II dem Hauptgläubiger gegenüber für den Mieter oder Leiher geltend machen kann. Planck (II, 2 § 556) verneint dies und will dem Dritten nur dann ein Zurückbehaltungsrecht geben, wenn ihm die Forderungen des Mieters gegen den Vermieter abgetreten sind.

Auch Romeick[2]) gibt dem Dritten kein Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungsansprüche des Mieters und geht dabei in erster Linie von dem Gedanken der Selbständigkeit der abgeleiteten Schuld aus. Nissens (Seite 204) Ablehnung begründet sich darauf, daß nach dem Wortlaut des § 273 II dem Zurückbehaltenden und nicht einem anderen ein fälliger Anspruch zustehen müsse.

Dagegen führt Oertmann (§ 556 3c) aber aus, daß auf diese Weise dem Vermieter gegen den Dritten ein größeres Recht zustehen könne als gegen seinen Mieter selbst. Dies widerspreche aber dem Sinn der §§ 556 und 604, wodurch dem Hauptgläubiger doch nur das gleiche Recht gegen den Dritten wie gegen den Mieter zugesprochen werde. Oertmann[3]) kommt daher zu dem Ergebnis, daß der Dritte das Zurückbehaltungsrecht auch für den Mieter oder Leiher ausüben könne und meint, daß sich die gesetzliche Möglichkeit für diese Handhabung des Zurückbehaltungsrechts aus seiner Konstruktion des gesetzlichen Schuldbeitritts ergebe. In Wahrheit wird aber auch bei Annahme des Schuldbeitritts das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen des Mieters aus ihm heraus nicht begründet werden können, da bei dem Schuldbeitritt nur die Einwendungen auf den Uebernehmer übergehen, die sich aus dem Schuldverhältnis ergeben, nicht aber diejenigen, die in der Person des Urschuldners als Gegenrechte entstanden sind. Diese persönlichen Einwendungen, zu denen auch das Zurückbehaltungsrecht gehört, bleiben beim Urschuldverhältnis.[4])

Dagegen ergibt sich aus dem Gedanken der mehrwirksamen Schuld heraus die Möglichkeit, das Zurückbehaltungsrecht für Verwendungen des Mieters oder Leihers in der Person des Dritten zu begründen. Der Anspruch gegen den Dritten entsteht danach nur dann und insoweit als der Gläubiger in seinem Interesse aus dem Hauptvertrage verletzt ist. Steht aber seinem Hauptanspruch ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters oder Leihers gegenüber, so kann auch nur eine Verletzung des gläubigerischen Interesses in diesem Umfange vorliegen und der Dritte ist zur Wiederherstellung nur in solchem Maße verpflichtet, d. h. er braucht nur so zu leisten wie der Mieter leisten müßte, also nur gegen Erstattung

1) Nissen Seite 204; Oertmann Seite 579; Schollmeyer Seite 67.
2) Seite 31—32; Mittelstein Seite 589, 1. Auflage.
3) Warneyer § 556 III; Mittelstein, 1. Auflage Seite 254 Anm. 14.
4) Reichel Seite 364 ff.

der auf die Sache vom Mieter gemachten Verwendungen.[1]) Inhaltlich muß sich das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf seiten des Dritten nach dem Hauptvertrage richten, um mit dem Gläubigerrecht nicht in Widerspruch zu stehen. So kann nach § 556 II der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht in bezug auf Grundstücke nicht geltend machen, um eine zu große Schädigung des Vermieters zu verhüten. Diese Bestimmung muß nun auch für den Dritten gelten, ganz gleichgültig, ob er das Grundstück zur Leihe oder Miete erhalten hat.[2])

Wir sehen also, daß wir bei Annahme der Lehre von der mehrwirksamen Schuld auch für die Einrede des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 II zu einem Ergebnis kommen, das dem Sinn und Zweck des § 556 III und 604 IV entspricht.

§ 12

Weitere Möglichkeiten einer mehrwirksamen Vertragsschuld nach den §§ 571, 746, 751, 755.

Ein weitere Möglichkeit einer mehrwirksamen Vertragsschuld bietet der § 571. Hiernach tritt, wenn das vermietete Grundstück nach Ueberlassung an den Mieter von dem Vermieter veräußert wird, der Erwerber in die sich aus dem Mietverhältnisse ergebenden Rechte und Pflichten ein. Liegen also die Voraussetzungen der Ueberlassung des Grundstücks an den Mieter und der darauf erfolgten Veräußerung seitens des Vermieters vor, so nimmt von nun an der Erwerber die Stellung eines berechtigten und verpflichteten Vermieters gegenüber dem Mieter ein, während der frühere Vermieter nach Abs. II fortan nur noch wie ein Bürge haftet, bis der Mieter den ersten möglichen Kündigungstermin unbenutzt verstreichen läßt.

Es fragt sich nun, wie dieser Eintritt in die Rechte und Pflichten des Mietverhältnisses rechtlich zu beurteilen ist. Nach Hellwig[3]) bleibt der bisherige Vermieter Subjekt der gesamten Mietsobligation, während auf den Erwerber nur die einzelnen Rechte und Pflichten übergehen. Begründet wird diese Ansicht zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes, das nicht von einem Eintritt des Erwerbers in das gesamte Mietverhältnis spreche, sondern nur von dem Eintritt in die Rechte und Pflichten des Vermieters. Hiergegen ist aber zu bemerken, daß der Eintritt in die Summe aller Rechte und Pflichten gleichbedeutend ist mit dem Eintriit in das Mietverhältnis selbst, denn die Summe aller Rechte und Pflichten ist doch identisch mit dem Mietverhältnis.[4]) Für diese

---

1) So auch Stammler, Festgabe S. 135/36, der das ZBR. des Dritten damit erklärt, daß die Schuld des Dritten neben die Hauptschuld trete und von dieser abhängig sei, infolgedessen eine Einrede aus dem Recht des Dritten zulasse;
2) Staudinger II,2 § 556 III,3; Planck II,2, 4. Aufl. § 556 S. 841;
3) Hellwig Verträge I c S. 427, 437, 438;
4) Romeick § 4, III S. 45;

Auffassung sprechen auch die Protokolle,[1]) nach denen eine Duplizität des Mietverhältnisses vermieden werden soll. Es tritt danach der Erwerber in das gesamte Mietsverhältnis ein.

Am nächsten liegt es nun, bei dem Uebergang des gesamten Mietsverhältnisses von einer gesetzlichen Forderungsabtretung und Schuldübernahme zu sprechen.[2]) Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da eine derartige gesetzliche Uebertragung nicht alle dem Mietsverhältnisse innewohnenden Rechte, die keine Forderungen sind, wie z. B. das Kündigungsrecht mit sich bringen würde. Vor allen Dingen spricht aber gegen die Annahme einer gesetzlichen Uebertragung der in § 573 ausgedrückte Grundsatz, daß der Vermieter kein unbeschränktes Verfügungsrecht über die Mietsforderung hat.[3])

Manche Schriftsteller wollen den Übergang des Mietsverhältnisses mit der Zustandsobligation, einer an das Eigentum geknüpften Verpflichtung, erklären[4]). Bei der Richtigkeit dieser Auffassung müßte die Miete auch gegen den Erwerber in der Zwangsversteigerung des Grundstücks wirken, ebenso wie gegen den, der das Grundstück nicht vom Vermieter erworben hat. Das ist aber nicht der Fall[5]).

Romeick[6]) erklärt den Übergang nach § 571 aus seiner Theorie der abgeleiteten Schuld, die bereits oben wegen der Heranziehung alter römischer Institutionen als mit dem heutigen Recht nicht mehr im Einklang stehend abgelehnt wurde.

Nach Enneccerus[7]) geht das ganze Mietsverhältnis kraft Gesetzes auf den neuen Erwerber über, und es läßt sich nach ihm dieser Übergang nicht mit einer der gegebenen Rechtsfiguren des BGB. darstellen.

M. E. läßt sich die Frage durch die Annahme einer mehrwirksamen Schuld lösen[8]). Das gegenseitige Schuldverhältnis, das zwischen dem Vermieter und Mieter besteht, wird objektiv verletzt dadurch, daß der Dritte das Grundstück erwirbt und so dem Vermieter die Erfüllung seiner Vermieterpflichten, nämlich die Gewährung des Grundstücks unmöglich macht. Aus dieser Verletzung des alten Mietverhältnisses entspringt nun ein neues Mietverhältnis mit demselben Inhalt zwischen Mieter und Erwerber, während das alte untergeht und an dessen Stelle eine zeitlich begrenzte, gesetzliche Bürgschaft des alten Vermieters tritt. Wir haben es also hier mit einem mehrwirksamen Schuldverhältnis sowohl auf der aktiven wie passiven Seite zu tun, das nicht wie in § 556 zugleich gegen den ursprünglich Verpflichteten und gegen den Dritten wirkt, sondern nacheinander zuerst zwischen Vermieter und Mieter

1) Prot. Bd. II S. 143;
2) Endemann § 169 Nr. 29;
3) Oertmann, § 571 S. 609,2;
4) Oertmann § 571 S. 610, 3 b;
5) Enneccerus § I 2, § 355 S. 394;
6) Romeick S. 33;
7) Enneccerus S. 394:
8) Leonhard § 4 S. 9;

und dann zwischen Mieter und Erwerber. Der Inhalt des neuen Mietverhältnisses wird durch das Gesetz aus Billigkeitsgründen durch die §§ 573 ff. modifiziert.

Auch aus dem Gemeinschaftsrecht des BGB. lassen sich Beispiele erbringen für die Mehrwirksamkeit der Schuldverhältnisse [1]). So wirken nach § 746 und 751 I Vereinbarungen, die zwischen den Gemeinschaftern über Verwaltung und Nutzung der Sache, sowie über Ausschluß der Teilung für immer oder auf Zeit oder über eine Kündigungsfrist getroffen sind, auch für den Sondernachfolger, der an diesen Vereinbarungen nicht beteiligt ist. Auch in § 755 I und II richtet sich die Verpflichtung, den Gläubiger einer gemäß § 748 gesamtschuldnerischen Verpflichtung aus dem Gemeinschaftsgegenstand zu befriedigen, auch gegen den Sondernachfolger, der die Verpflichtung nicht mit eingegangen ist.

Oberneck [2]) will die Wirkung gegen den Dritten mit der actio in rem scripta erklären, die wir aber wie bereits oben erwähnt, als für das heutige Recht nicht mehr anwendbar, abgelehnt haben.

Auch die Ansicht, daß es sich hier um eine dinglich wirkende Modifikation des Miteigentumsverhältnisses handelt [3]), kann nicht befriedigen, denn wenn diese Vereinbarungen dinglich sein sollten, müßten sie vor allen Dingen im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung gegen jeden Dritten wirksam sein. Nach § 16 KO. wirken aber diese Vereinbarungen nicht gegen die Konkursmasse und nach § 751 S. 2 BGB. nicht gegenüber einem Gläubiger der die Pfändung des Anteils eines Teilhabers bewirkt hat.

Auch hier kann man mit der Konstruktion einer mehrwirksamen Schuld helfen. Dadurch das der Dritte den Gemeinschaftsanteil erwirbt und dem alten Gemeinschafter die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich macht entspringt aus dieser Verletzung gegen den Neueintretenden eine Pflicht desselben Inhalts, während der alte Schuldner frei wird.

§ 13

Unterschied der mehrwirksamen Schuld von den dinglichen Rechten.

Es fragt sich nun, inwiefern sich die mehrwirksame Schuld von dem dinglichen Recht unterscheidet. Das Wesen des dinglichen Rechts besteht in seiner Allwirksamkeit [4]) d. h. in der Möglichkeit das Recht gegen jeden, der sich mit ihm in Widerspruch setzt, durchzusetzen. Hieraus folgt nun die Möglichkeit der unmittelbaren Sachherrschaft, vermöge deren der Berechtigte sein Recht der Sache gegenüber verwirklichen kann. Das Sachenrecht regelt also in erster Linie die Lebensverhältnisse der Menschen in Beziehung auf die Sache. Der Wille des Berechtigten ist maßgebend in

---

1) Leonhard § 4 S. 9;
2) Oberneck S. 554;
3) Oertmann § 746 S. 907, Staudinger § 745 1e. IX. Aufl. 1929. Enneccerus I. 2, § 405 X. 526;
4) Leonhard § 4 S. 8.

Bezug auf die Sache für alle der Rechtsordnung unterworfenen Personen, soweit sie sich nicht auf ein Gegenrecht berufen können. Unsere mehrwirksame Schuld unterscheidet sich nun einerseits von dem dinglichen Recht grundsätzlich dadurch, daß sie nicht gegen alle, sondern nur gegen mehrere bestimmte Personen wirkt, anderseits von dem Forderungsrecht dadurch, daß sie nicht einseitig, sondern mehr als gegen einen wirkt. Sie steht also ihrem Wesen nach zwischen dem dinglichen Recht und dem Forderungsrecht.[1]) Entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob die mehrwirksame Schuld zu den dinglichen oder persönlichen Rechten gehört, ist die Behandlung, die sie vom Gesetz im Konkurs und in der Zwangsversteigerung erfährt. Der dinglich Berechtigte hat im Konkurse des Gemeinschuldners nach §§ 43 ff. KO. ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht. Außerdem kann er in der Zwangsvollstreckung nach § 771 ZPO. dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber sein die Veräußerung hinderndes Recht im Wege der Widerspruchsklage geltend machen oder nach § 805 ZPO. vorzugsweise Befriedigung vor dem persönlichen Gläubiger verlangen. Ebenso geht er in der Zwangsversteigerung nach § 10 Z. 4 ZVG. allen nicht bevorzugten persönlichen Gläubigern vor. In allen diesen Fällen steht der Gläubiger einer mehrwirksamen Schuld aber mit den persönlichen Gläubigern auf derselben Stufe. Er ist gewöhnlicher Konkursgläubiger und kann für seine Ansprüche nur eine gleiche Befriedigung wie diese verlangen. Ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht wie der dinglich Berechtigte hat er nicht. Auch der Anspruch des Vermieters auf Herausgabe der Mietsache nach § 556 (604) wird im Konkurse des Mieters oder des Dritten als schuldrechtlicher aufgefaßt. Aus § 16, Abs. II KO. ergibt sich, daß die Vereinbarung, durch welche bei einer Gemeinschaft nach Bruchteilen die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt worden ist, nicht gegen die Konkursmasse wirken kann. Ebenso kann bei der Zwangsvollstreckung der Gläubiger einer mehrwirksamen Schuld einem vollstreckenden andern Gläubiger gegenüber nicht die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. wegen eines die Veräußerung hindernden Rechtes erheben; denn das Schuldrecht bindet nur bestimmte Personen. Dies ergibt sich auch aus § 751, S. 2, wonach die Vereinbarungen des § 749 nicht für den Pfändungspfandgläubiger gelten. Auch in der Zwangsversteigerung wird die mehrwirksame Schuld wie die gewöhnliche Schuld behandelt. Es findet keine bevorzugte Befriedigung statt. Zwar geht die Grundstücksmiete zunächst durch den Zuschlag auf den Ersteher über. Diese Wirkung gegen den Dritten ist aber nur eine zeitlich begrenzte, da der Ersteher nach §§ 57, 57 a ZVG. zum ersten gesetzlichen Kündigungstermine kündigen kann. Hieraus geht hervor, daß die mehrwirksame Schuld zu den Forderungsrechten und nicht zu den dinglichen Rechten zu zählen ist, da sie eben nicht gegen alle Gläubiger sondern nur gegen einzelne wenige wirkt. Auch im übrigen behandelt das Gesetz die mehrwirksame Schuld nach schuldrechtlichen Grundsätzen. So geht im Sachenrecht bei

1) Leonhard, § 4, S. 9.

Vereinigung von Eigentum und Recht, das Recht nicht unter, sondern bleibt weiter bestehen (§§ 889, 1163).[1]) Bei der mehrwirksamen Schuld dagegen müssen Schuldner und Gläubiger immer verschiedene Personen sein. Vereinigen sich Leistungspflicht und Forderungsrecht in einer Person, so geht die Schuld unter. Beerbt z. B. der Vermieter den Mieter, so erlischt die sich aus dem Mietvertrage ergebende Rückgabepflicht, und der Vermieter kann gegen den Untermieter nicht mehr einen Anspruch aus der mehrwirksamen Schuld nach § 556 III geltend machen. Die Sachenrechte sind weiter größtenteils auf eine längere Dauer gerichtet und streben dahin, während dieser Dauer ihren Zustand aufrecht zu erhalten. Wird der Berechtigte von einem Dritten gestört, so bleibt sein dingliches Recht neben und nach Ausübung des Anspruchs wider den Störer bestehen. Dagegen ist die mehrwirksame Schuld im allgemeinen zielstrebig. Sie trägt ein Spannungsverhältnis in sich, das zu einer zukünftigen Gestaltung zudrängt. Mit Eintritt dieser Gestaltung ist das erstrebte Ziel erreicht und die Schuld untergegangen. Der Mieter soll die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückgeben. Tut er dieses und erfüllt er damit seine Verpflichtung, so erlischt das mehrwirksame Schuldverhältnis.[2])

Während ferner der aus der mehrwirksamen Schuld Berechtigte auf die Leistungsfähigkeit seiner Gegner angewiesen ist, ist der dinglich Berechtigte bei dem Genuß aus der Sache nur abhängig von sich selbst und von der Beschaffenheit der Sache. Die wirtschaftliche Sicherheit des sachlich Berechtigten ist also bedeutend größer.[3])

Daß das mehrwirksame Gläubigerrecht nicht dinglich sein kann, zeigt sich z. B. bei §§ 556 (604), wenn es sich um eine Herausgabe von Grundstücken handelt. Für Rechte an Grundstücken hat das BGB. in § 873 grundsätzlich einen Zwang zur Eintragung in das Grundbuch festgestellt, um das Prinzip der Oeffentlichkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs zu wahren. Das Recht des Vermieters und Verleihers braucht aber weder eingetragen zu werden, um wirksam zu sein, noch kann es überhaupt eingetragen werden, da es vom BGB. als dingliches Recht nicht erwähnt wird.

Auch beim Zusammentreffen mit anderen Rechten zeigt sich der schuldrechtliche Charakter der mehrwirksamen Schuld. Bei den dinglichen Rechten gilt der Satz: Prior tempore potior iure. Wenn also hiernach das dingliche Vermieterrecht früher entstanden ist, als ein anderes, so müßte der Vermieter mit seinem Herausgabeanspruch vorgehen. In Wirklichkeit ist es aber nicht so. Hat z. B. ein Mieter die Mietsache nach §§ 929 und 932 durch Uebergabe an einen gutgläubigen Dritten übereignet und sie dann wieder zur Miete erhalten und seinerseits an einen Untermieter weitervermietet, so kann der alte Vermieter gegenüber dem neuen, der die Sache auch vom Untermieter wieder herausverlangt, nicht ein stärkeres Recht geltend machen. Vielmehr muß er den späteren

1) Matthiass, S. 171; RGRK., Vorbem. zu § 241.
2) RGRK. a. a. O.; v. Schey Anm. 100; Dernburg Pandekten I, § 129, S. 301.
4) Landsberg a. a. O.

Vermieter im Besitz der Sache belassen, falls der Untermieter sie an ihn herauszugeben hat. Er kann sich nur an seinen Mieter halten, um Schadenersatz wegen verschuldeter Unmöglichkeit zu verlangen.

Zuletzt spricht gegen die Dinglichkeit der mehrwirksamen Schuld, daß z. B. bei Vermietung oder Verpachtung eines Grundstückes die Klage immer nur bei dem Gericht erhoben werden könnte, in dessen Bezirk es belegen ist, da der Gerichtsstand des § 24 ZPO. ein ausschließlicher ist. In Wirklichkeit kann die Klage aber sowohl im allgemeinen persönlichen Gerichtsstand, als auch in den besonderen Gerichtsständen des Beklagten erhoben werden.

Aus alledem ergibt sich, daß das mehrwirksame Forderungsrecht erheblich verschieden ist von den dinglichen Rechten und trotz seiner Wirkung gegen Dritte seinen schuldrechtlichen Charakter bewahrt hat. Wir haben es also hier mit einer Ausnahme von der Relativität der Schuldverhältnisse zu tun.

II. Kapitel.

Die mehrwirksame Schuld aus Gesetz.

Um nachzuweisen, daß es sich bei der mehrwirksamen Schuld um einen Grundsatz des BGB. und nicht um eine Einzelerscheinung handelt, ist es erforderlich, weitere Normen zu finden, in denen das Gesetz die Mehrwirksamkeit der Schuld zum Ausdruck bringt. Zu diesem Zwecke untersuchen wir den Vorlegungsanspruch aus §§ 809, 810 und den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus § 822.

§ 14.

Die Vorlegung von Sachen und Urkunden nach §§ 809, 810.

Ein Beispiel einer mehrwirksamen Schuld aus Gesetz bietet zunächst der Vorlegungsanspruch für Sachen und Urkunden. Nach § 809 ist der Vorlegungsanspruch dann gegeben, wenn jemand gegen den Besitzer in Ansehung der Sache einen Anspruch hat oder sich Gewißheit über einen solchen Anspruch verschaffen will und die Besichtigung deshalb für ihn von Interesse ist. Das Gesetz gewährt also hier einen Anspruch auf Vorlegung gegen jeden Besitzer einer Sache, falls ihm gegenüber ein dinglicher oder persönlicher Anspruch in Bezug auf die Sache besteht. Dieselbe Herausgabepflicht trifft nach § 810 den Besitzer einer Urkunde, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler geflogen worden sind. Es kann also auch hier gegen jeden Besitzer der Urkunde ein Vorlegungsanspruch geltend gemacht werden, falls nur gewisse Beziehungen zu der Urkunde bestehen.

Die Natur dieses Vorlegungsanspruchs gegen den dritten Besitzer ist in der Literatur bestritten. Bernhöft[1]) regelt den Vorlegungsanspruch in seinem Sachenrecht und stellt sich damit auf den Standpunkt, daß das Vorlegungsrecht ein dingliches ist. Eine derartige Eingruppierung der Vorlegungspflicht in das Sachenrecht ist aber nicht angebracht, da das BGB. die Vorlegungspflicht als eine schuldrechtliche ansieht. Zunächst trifft sie nicht jeden Besitzer, sondern nur den, der in bestimmten Beziehungen zum Vorlegungssucher steht. Ferner deutet die Tatsache, daß das BGB. die Vorlegung im Schuldrecht regelt auf die schuldrechtliche Natur des Anspruchs hin. Der Satz prior tempore prior jure gilt bei der Konkurrenz zwischen verschiedenen Vorlegungsansprüchen auf eine Sache nicht. Eine Eintragung einer Vorlegung in das Grundbuch ist nicht möglich. Es muß daher die Annahme der Dinglichkeit des Vorlegungsrechts abgelehnt werden. Daher hält die Mehrzahl der Schriftsteller den Vorlegungsanspruch für einen schuldrechtlichen, unterscheidet aber bei der Konstruktion zwischen dem Anspruch aus § 809 und dem aus § 810. So meint Siegel[2]) in Bezug auf § 810, es handele sich hier um ein obligatorisches Recht an einer bestimmten Sache, das gegen jedermann wirke, weil eben jedem gegenüber die Vorraussetzungen seiner Geltendmachung vorhanden wären, aus der bloßen Tatsache des Besitzes entspringend. Dieses Vorlegungsrecht sei eine richtige actio in rem scripta. Aehnlich äußert sich Kohler[3]), nur nennt er sein durch die actio in rem scripta verwirklichtes Vorlegungsrecht jus ad rem. Den Anspruch aus § 809 dagegen hält Siegel[4]), seiner Natur nach nicht für eine actio in rem scripta, da zu seiner Begründung anders wie bei § 810 noch ein besonderer Anspruch gegen den Besitzer der Sache bestehen müsse. Der Vorlegungsanspruch nach § 809 dient nach Siegel nur zur Realisierung des Hauptanspruchs gegen den Besitzer. Infolgedessen richtet sich die Natur des Vorlegungsanspruchs immer nach der des Hauptanspruchs je nachdem ob dieser aus einem dinglichen oder persönlichen Recht entspringe, sei auch das Vorlegungsrecht dinglich oder persönlich. Gegen diese Abhängigkeit des Vorlegungsanspruchs vom Hauptanspruch wendet sich Pries wenn er sagt, das Recht auf Vorlegung sei nicht ein Ausfluß des jeweils dinglichen oder obligatorischen Anspruchs in Ansehung der Sache, sondern ein Recht, das lediglich auf Grund der bestimmt bezeichneten Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorlegungssucher und dem Sachbesitzer in Ansehung der Sache beim Vorhandensein des erforderlichen Interesses gewährt sei, und das daher stets obligatorischer Natur sei. Pries[5]) stellt daher die Behauptung auf, daß es sich bei dem Anspruch aus § 809 nur um eine obligatio ex lege

---

1) Bernhöft § 161 S. 489;
2) Siegel S. 27 ff., ebonso Pries S. 101
3) Kohler § 3 S. 14;
4) Siegel S. 79 ff., Pries S. 62;
5) Pries S. 62, Dierschke S. 77, Staud. IX. Aufl. 1929 § 809 III.

handele, die sich immer wieder erneuere, sobald die Voraussetzungen in der Person des jeweiligen Besitzers vorlägen.

M. E. ist es nicht angängig in dieser Weise zwischen dem Vorlegungsanspruch von Urkunden und Sachen zu unterscheiden. Gewiß ist der Anspruch aus § 809 insofern enger als der aus § 810, als bei ihm noch das Vorliegen eines Hauptanspruchs in Bezug auf die Sache gegen den jeweiligen Besitzer notwendig ist. Aber in beiden Fällen wird die Entstehung des Anspruchs unmittelbar an die Tatsache des Besitzes geknüpft [1]. Man kann daher bei dieser Sachlage nicht von einer Verschiedenheit der Natur der beiden Vorlegungsansprüche sprechen, da der Besitz der Sache oder der Urkunde in beiden Fällen die entscheidende Rolle bei der Entstehung des Anspruchs spielt. Wie wir aber schon oben erwähnt haben, kann man die actio in rem scripta nicht mehr heranziehen, um mit ihr einen schuldrechtlichen Anspruch gegen jeden Besitzer einer Sache zu konstruieren, denn die alten römischen Einrichtungen, die zur Ausbildung der actio in rem scripta führten, sind eben im heutigen Recht nicht mehr vorhanden. Mit Siegel eine Verschiedenheit des Vorlegungsanspruchs aus § 809 anzunehmen, je nachdem der Hauptanspruch aus einem dinglichen oder persönlichen Recht entspringe, ist abwegig; denn in beiden Fällen ist der Vorlegungsanspruch durchaus gleich geartet und seinem Inhalte nach nicht verschieden.

Die Annahme einer obligatio ex lege nach Pries, kann aber nicht erklären, warum immer der jeweilige Besitzer verpflichtet ist. Vielmehr erklärt sich die Wirkung gegen den dritten Besitzer aus der Mehrwirksamkeit des Vorlegungsrechts. Dadurch, daß der Dritte Besitzer der Sache oder Urkunde wird, wird seinem Besitzvorgänger die Erfüllung seiner Vorlegungspflicht unmöglich. Der ursprünglich Verpflichtete wird frei, und es entspringt aus dem Untergang der alten Schuld eine neue gegen den Dritten mit demselben Inhalt und Umfang, falls die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind. Es liegt also hier eine alternative Mehrwirksamkeit des Schuldrechts vor.

§ 15.

Voraussetzung und Konstruktion des Anspruchs aus § 822 BGB.

Wendet nach § 822 der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte.

Voraussetzung für diesen Bereicherungsanspruch ist also, daß der Schuldner die herausverlangten Sachen durch eine unentgeltliche Zuwendung, also meistens durch Schenkung oder Vermächtnis von dem

---

1) Pries, S. 62, Dierschke S. 77; Stand. IX Aufl. 1929 § 809 III.

Empfänger erhalten hat.[1]) Diese Zuwendung muß sich nun auf das beziehen, was der Zuwendende vom Geschädigten grundlos empfangen hat. Hierunter versteht man aber alles, was der Empfänger, wenn er in Anspruch genommen wäre, dem Geschädigten zurückzuerstatten haben würde, vor allem also die Nutzungen und den Werterſatz für den Gegenstand nach § 818[2]).

Eine weitere Voraussetzung ist ferner, daß der Geschädigte einen Bereicherungsanspruch in Bezug auf die Zuwendung gegenüber dem ursprünglichen Empfänger hatte, und daß dieser Anspruch um das an den Dritten unentgeltlich Zugewandte vermindert worden ist. Bleibt also die Rückgabepflicht des Empfängers nach § 819 in Verbindung mit § 890 bestehen, weil er etwa die Grundlosigkeit seines Erwerbes kannte, so kommt ein Anspruch gegen den Dritten nicht in Betracht. Es entsteht also der Bereicherungsanspruch gegen ihn in demselben Maße und in demselben Umfang, wie er gegen den ursprünglich Bereicherten erlischt, obwohl der Dritte auf Grund der Schenkung, also nicht grundlos, die Sachen erworben hat. Trotzdem das Gesetz den Bereicherungsanspruch als einen schuldrechtlichen ansieht und ihn infolgedessen immer nur gegen den bestimmten Bereicherten gibt, so dehnt es ihn doch in diesem Falle auch auf den Dritten aus, der dem Hauptschuldverhältnis fernsteht. Der Zweck dieser Vorschrift ist, daß der Vorteil des unentgeltlichen Erwerbs zurückstehen muß zugunsten der Ausgleichungspflicht zwischen dem Geschädigten und Bereicherten. Der geschädigte Gläubiger soll also in demselben Maße wie sich sein ursprüngliches Recht gegen den Empfänger verringert, durch einen neuen Anspruch gegen den Dritten zu seinem Rechte kommen.

Oertmann (822 I) führt als inneren Rechtsgrund für diese Erscheinung an, daß jedes Vermögen zugunsten des Gläubigers des Besitzers in der Weise gebunden sei, daß Schenkungen aus demselben nur unbeschadet dieser Forderungen gemacht werden können[3]) und beruft sich hierbei auf die Verwandtschaft des Anspruchs aus § 822 mit dem Gläubigeranfechtungsrecht im Konkurse[4]) und in der Zwangsvollstreckung. Diese Ausführungen Oertmanns sind nun zwar eine Erklärung des Anspruchs aus § 822, aber besagen nicht, auf welcher Konstruktion die Ausdehnung des Anspruchs gegenüber dem ursprünglich Bereicherten auf den Dritten beruht.

Matthiass[5]) sieht die Klage aus § 822 als eine actio in rem scripta an. Diese Konstruktion ist, wie schon oben (§ 7) erwähnt unter anderem schon deshalb abzulehnen, weil die gemeinrechtliche actio in rem scripta an den Besitz anknüpft, während in § 822 die unentgeltliche

1) So Oertmann zu § 822, 2 a, dagegen Schulz S. 314 f, der unentgeltlichen Erwerb auch beim Dieb annimmt.
2) So Enneccerus § 448 II S. 635.
3) So Cosack, Anfechtungsrecht S. 27;
4) KO. §§ 32, 37;
5) § 141 V. B. S. 405.

Zuwendung mit dem Erlöschen des ursprünglichen Bereicherungsanspruchs die Tatsache für die Entstehung des neuen Anspruchs bildet.

Nach Endemann (§ 198 I) ist der Bereicherungsanspruch seiner Natur nach obligatorisch, gegründet aber auf den Vollzug der Vermögensübertragung. Infolgedessen folge er der Bereicherung nach und wende sich in gewissen Fällen nach Art eines dinglichen Rechtes sogar gegen Dritte.

Diese Wirkung gegen Dritte hat ihren Grund nun aber nicht, wie Endemann anzunehmen scheint, in der Verdinglichung des Bereicherungsanspruches, denn das Forderungsrecht des Geschädigten bleibt nach wie vor obligatorisch, was sich besonders darin zeigt, daß der Geschädigte im Konkurse des Empfängers oder des Dritten seinen Anspruch nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen kann. Vielmehr statuiert das Gesetz in § 822 den Fall einer mehrwirksamen Bereicherungsschuld. Der Bereicherungsanspruch gegen den ursprünglichen Empfänger wirkt auch gegen den Dritten, indem er gegen ihn einen neuen Anspruch erzeugt. Entstehungsursache für diesen Anspruch ist wie bei allen mehrwirksamen Rechten Verletzung des Rechtes durch den Dritten. Diese besteht nun nicht wie bei §§ 556 und 604 darin, daß der Dritte die Erfüllung des Hauptanspruches behindert, sondern darin, daß der Dritte durch die Annahme der unentgeltlichen Zuwendung an ihn das Schuldband zwischen dem Geschädigten und dem ursprünglich gutgläubigen Empfänger in dem Maße der Zuwendung vernichtet und auf diese Weise das gläubigerische Interesse verletzt. Um das Gläubigerrecht zu erhalten, entsteht anstelle des alten der neue Anspruch mit demselben Umfang und demselben Inhalt. Hat also der Empfänger nur einen Teil der Bereicherung an den Dritten zugewandt, so steht dem Geschädigten ein Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger auf den ihm verbliebenen Rest und ein anderer Bereicherungsanspruch gegen den Dritten auf den ihm zugewendeten Teil zur Verfügung, der mit dem ersten im Gegensatz zu § 556 in keinem Gesamtschuldverhältnis steht, da beide Ansprüche ja einen ganz verschiedenen Inhalt haben.

Eine derartige Konstruktion der gesetzlichen Bereicherungsschuld entspricht dem Sinne und Zweck des § 822 BGB.

§ 16.

Endergebnis.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß das Gesetz trotz des in § 241 geprägten relativen Begriffs des Schuldverhältnisses eine Wirkung gegen mehrere vom Schuldband nicht umfaßte Personen kennt. Hierdurch wird das Forderungsrecht aber nicht zu einem Dinglichen, da das Wesen der Dinglichkeit in der Allwirksamkeit besteht, während in unseren aufgezählten Fällen das Recht nicht gegen alle, sondern nur gegen mehrere bestimmte Personen wirksam ist. Dieses mehrwirksame Recht ist seiner

Natur nach eine Abart des Schuldrechts und stellt infolgedessen eine Ausnahme von der Relativität des Schuldverhältnisses dar. Es ist mehr als einseitig. Diese Wirkung zeigt sich bei den §§ 556, 604 in der Weise, daß der Vermieter (Verleiher) denselben Anspruch auch gegen den Dritten geltend machen kann, bei dem Anspruch aus den §§ 571, 746, 751, 755, 809, 810, 822 dagegen so, daß der Gläubiger an Stelle des Anspruchs gegen den ursprünglichen Schuldner einen neuen mit demselben Inhalt gegen den Dritten erhält. Wir haben es also im ersten Falle mit einer cumulativen Mehrwirksamkeit der Vortragsschuld zu tun, bei der der Anspruch gegen den Dritten neben den Anspruch gegen den Urverpflichteten tritt, während im zweiten Falle eine alternative Mehrwirksamkeit des Schuldverhältnisses vorliegt, bei der entweder ein Anspruch gegen den Urverpflichteten oder an dessen Stelle gegen den Dritten gegeben wird.

Lebenslauf.

Am 1. September 1898 wurde ich in Kirchhundem, Kreis Olpe, als Sohn des Postmeisters Franz Westerhausen und seiner Ehefrau Anna, geb. Vössing geboren. Ich besuchte die Volksschulen in Kirchhundem und Schüren, Kreis Hörde, von Ostern 1908 das Realgymnasium in Hörde und legte im Oktober 1916 daselbst meine Notreifeprüfung ab. Unmittelbar darauf trat ich in das Feldartillerieregiment Nr. 83 in Köln ein. Anfang April 1917 kam ich ins Feld und verlor am Ende des Weltkrieges durch die Einwirkungen des Feldzuges meine Sehkraft. Im Sommer-Semester 1920 begann ich mein bergmännisches Studium an der Bergakademie in Klausthal und studierte vom Sommer-Semester 1924 Jura an der Marburger Philipps-Universität. Am 20. und 24. Oktober 1928 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Prüfung mit „voll befriedigend" an beiden Tagen und am 20. November 1928 an der Marburger Universität das mündliche Doktorexamen. Zurzeit bin ich als Referendar bei der Staatsanwaltschaft des Marburger Landgerichts tätig.